جامعة القاهرة
كلية الحقوق
قسم القانون العام

أساليب تدخل الدولة فى النشاط الاقتصادى

رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون مقدمة

من الباحث / إدريس خبابة

لجنة المناقشة و الحكم على الرسالة:

الأستاذة الدكتورة/ سعاد زكي الشرقاوي رئيسا و مشرفا

أستاذة القانون العام بكلية الحقوق ـــ جامعة القاهرة

الأستاذ الدكتور/ صلاح الدين فوزي محمد عضـــــوا

أستاذ القانون العام بكلية الحقوق ـــ جامعة المنصورة

الأستاذ الدكتور/ محمد محمد بدران عضـــــوا

أستاذ القانون العام بكلية الحقوق ـــ جامعة القاهرة

السنة الجامعية

٢٠١١-٢٠١٢

ما الفخر إلا لأهل العلم إنهم على الهدى

لمن استهدوا سبيلا

قول مأثور

شكر و تقدير

أتقدم بجزيل الشكر إلى الأستاذة الدكتورة المحترمة سعاد زكي الشرقاوي على قبولها الإشراف على الرسالة. و قد كان مسار العمل متسما بالتوجيهات السديدة و الأراء القيمة، وما ذلك إلا لكون سيادتها أحد منابر القانون العام و لها مني كامل العرفان و التقدير.

كما أتقدم بجزيل الشكر و التقدير إلى الأستاذ الدكتور صلاح الدين فوزي محمد على قبوله مناقشة هذه الرسالة التي أثرى مضمونها بأراءه القيمة و توجيهاته السديدة وله مني كامل التقدير و الاحترام.

و الشكر موصول إلى الأستاذ الدكتور محمد محمد بدران على قبوله مناقشة هذه الرسالة الذي كان لتوجيهاته السديدة و آراءه القيمة الأثر الواضح في تجويد مضمون الرسالة و له مني كامل التقدير و الاحترام.

مقـــــدمة:

منذ صدور قانون حمورابي الذي أملى مجموعة من القواعد التي تهتم بالفوائد والأجور إلى غاية تطبيق برامج التخطيط في فرنسا، فإن المجتمعات قد اكتسبت خبرة حول " القانون الاقتصادي " بصفته حقيقة محددة ومجردة . فالبشر قد فهموا أن النظام القانوني يؤثر في النظام الاقتصادي الموجود، ويؤثر هذا الأخير في النظام القانوني كذلك.

فسير النشاط الاقتصادي بصفة متناسقة يستلزم وجود مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم ملكية وسائل الإنتاج سواء للسلع أو الخدمات، وبمفهوم مخالف فإن كل نظام قانوني له أثر على النشاط الاقتصادي الذي يؤطره سواء بالتنظيم أو التقنين، نتائج هذا التأثير المتبادل لم تعن بالدراسة بصفة مستقلة إلا حديثا.

و جدير بالذكر أنه خلال القرن ١٨ فإن الفيلسوف الفرنسي نيكولاس بادو Nicolas Baddeau (١٧٣٠ – ١٧٩٢) قد استعمل عبارة " التشريعات الاقتصادية LEGISLATION ECONOMIQUE في كتابه مقدمة أولية للفلسفة الاقتصادية أو تحليل الحكومة ا لشرطية.

<< Première introduction à la philosophie économique، ou analyse des Etats polices >>.

وحسب هذا الأخير فإن التشريع الاقتصادي " وحيد وأبدي وثابت وشامل، إلهي وضروري " مصدره القانون الطبيعي، وينظم المجتمع الاقتصادي ، الذي يرتكز على ثلاث فنون الفن الاجتماعي و الفن الإنتاجي والفن العقيم والتي تتوافق مع ثلاث طبقات اجتماعية التي حددها الفيلسوف كيسني (Quesnay ، F). وهي طبقة الملاك ، طبقة المنتجين من الفلاحين و الطبقة العقيمة التي تشمل الصناعيين و التجار، رغم أن هذه التقسيمات التي لا وجود لها الآن، إلا أن بادو توصل إلى حقيقة أولى هي أن كل نشاط اقتصادي يحكمه دستور اقتصادي وهو ما طوره الفقه الألماني وفي القرن التاسع عشر قام الفقيه برود ون (Proudhon ،J،P)(١٨٠٩- ١٨٦٥) بنشر كتابه " الأهلية السياسية لطبقة العمـــــال " La capacité politique des classes ouvrières". وحسب الفقيه برودون فإن القانون يجب أن يحــــل تناقضات الحياة الاجتماعية عن طريق مصالحة شاملـــــــة (Conciliation universelle) وهذه المصلحة لا تتجسد إلا عن طريق إعادة تنظيم المجتمع. و القانون الاقتصادي هو الذي يؤسس لبناء النظام الاجتماعي الجديد، فكل من القانون العام و القانون الخاص لا يستطيعان تحقيق هذه الأهداف، فالقانون العام يمثل حظر بواسطة السلطة كما أن القانون الخاص لا يستطيع استيعاب الأطر العامة التي يمارس من خلالها النشاط الاقتصادي، فالنظام الاجتماعي يعتمد على القانون الاقتصادي الذي يعد

مكملا ونتيجة لازمة للقانون السياسي و القانون المدني، أي أن القانون الاقتصادي يعد تطبيقا للعدالة على الاقتصاد السياسي فهو نظام العيش الجماعي، هذا القانون يجب أن يكون نتاج اتفاق المجموعات المختلفة التي تساهم في النشاط الاقتصادي و يكون هدفه تدعيم العدالة الاجتماعية.

هذه التحليلات الأتوبيكية التي أتي بها الفقيه برودن و إن كانت تحمل نوعا من المثالية، إلا أن فقه القانون الاقتصادي و في تطوره الحالي يسعي إلي تحقيق هذه الأهداف، من ذلك ما ذهب إليه الفقه أن القانون الاقتصادي قانون مستقل عن القانون العام و القانون الخاص،و الطبيعة الجماعية للاتفاقات الواقعة بين الجماعات المساهمة في النشاط الاقتصادي معلنة بذلك الاقتصاد المنسجم الذي يجسد القانون الاقتصادي الخاص.(١)

و بهدف تحقيق الرفاهية الاجتماعية التي تسعي إليها الدولة الحديثة فإنها قد اعتمدت علي مجموعة من الأساليب بغرض التدخل في النشاط الاقتصادي، فاعتمدت علي المرفق العام الاقتصادي و ذلك بغرض تطوير النشاطات الصناعية لما تحتاجه هذه المرافق من أموال، كما عمدت إلي إسناد تسيير بعض المرافق إلى الهيئات الخاصة عن طريق التزام المرافق العامة أو عقد التزام الأشغال العامة، كما عمدت الدولة إلي استعمال الوسائل التقنية لتطوير النشاط الاقتصادي و المساهمة في خلق الثروة عن طريق استعمال أسلوب التخطيط واعتمدت الدولة كذلك علي تقديم المساعدات المادية لتمكين الأفراد من تطوير النشاطات الاقتصادية و خلق مناصب شغل. و نتج عن تطور الاقتصاد العالمي ظهور الشركات الدولية و سيطرتها علي قطاعات كبرى من النشاطات الاقتصادية التي كانت حكرا على الدولة، مما حدا بالإدارة إلي إنشاء آلية جديدة لمراقبة النشاطات الاقتصادية و تنظيمها و حماية المنافسة عن طريق إنشاء السلطات الإدارية المستقلة .

و سنتطرق في موضوعنا هذا إلي أساليب تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي معتمدين في ذلك على المذهب التحليلي حسب الخطة التالية:

الفصل الأول: المرفق العام الاقتصادي و العقد الإداري كأسلوبين لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي.

المبحث الأول: المرفق العام الاقتصادي كأسلوب لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي.

المبحث الثاني: العقد الإداري كأسلوب لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي.

---

[1] Alex Jacquemin et Guy Schrans – Le Droit économique – Presse Universitaire de France – 1974 page 5:7.

- الفصل الثاني: التخطيط و المساعدة العمومية و ضبط النشاط الاقتصادي كأساليب لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي.

- المبحث الأول: التخطيط و المساعدة العمومية كأسلوبين لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي.

المبحث الثاني: ضبط النشاط الاقتصادي كأسلوب لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي.

الفصل الأول:

المرفق العام الاقتصادي والعقد الإداري كأسلوبين لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي

الفصل الأول:

المرفق العام الاقتصادي والعقد الإداري كأسلوبين لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي

تتدخل الدولة مباشر بإنشاء مرافق عامة اقتصادية عندما يعجز الأشخاص عن القيام بنشاط اقتصادي في مجال معين، أو متى عزف الأفراد عن القيام بهذا النشاط أو لزوم توافر مبالغ كبيرة وهامة للقيام بهذا النشاط الاقتصادي، و هذا يعد من أهم أساليب تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي. كما قد تعهد جهة الإدارة إلى الأفراد بتسيير مرافق عامة اقتصادية وتبقى الدولة محافظة على حقها في الرقابة على سير المرفق وذلك حماية لمصلحة المنتفعين وضمانا لسير المرافق العامة بانتظام وإطراد.

وعليه سنتطرق في المبحث الأول إلى الحديث عن المرفق العام الاقتصادي كأسلوب لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي وفي المبحث الثاني نتطرق إلى العقد الإداري كأسلوب لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي.

المبحث الأول:

المرفق العام الاقتصادي كأسلوب لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي

لفكرة المرفق العام في الفقه معان مختلفة إلا أن أهمها معنيان رئيسيان، الأول مادي أو موضوعي يتعلق بالنشاط الذي يمارسه المرفق والثاني عضوي ويقصد به الجهاز أو المنظمة التي تقوم بالنشاط الهادف إلى تحقيق مصالح الجماعة وإشباع حاجاتها الأساسية،ولم تظهر في المرحلة الأولى من تطور فكرة المرفق العام إلى ما بعد الحرب العالمية الأولى، أي مشكلة تتعلق بالتمييز بين هذين المدلولين فقد كانا يلتقيان باستمرار حيث يقوم شخص معنوي عام بإشباع حاجات عامة، ولكن مدلول المرفق العام تطور تطورا كبيرا بعد الحرب العالمية الأولى ليتلاءم مع اتساع دور الدولة وواجباتها وكان أهم تطور في فكرة المرفق العام ناتجا عن تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية وتجاوزها لوظيفتها التقليدية (الدولة الحارسة)، وعلى إثر هذا التحول ظهرت المرافق العامة الصناعية والتجارية.[١]

[١] د. ماهر صالح علاوي الجبوري – مبادئ القانون الإداري – جامعة بغداد – طبعة ١٩٩٦ – ص ٨٤ .

وعليه سنتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم المرفق العام الاقتصادي وأهم المبادئ التي يعتمد عليها وفي المطلب الثاني نتطرق إلى آليات إدارة المرافق العامة الاقتصادية.

المطلب الأول:

مفهوم المرافق العامة الاقتصادية

إنشاؤها إلغاؤها و تنظيمها

تستدعي دراسة هذا المطلب إلى التطرق في الفرع الأول إلى دراسة مفهوم المرافق العامة الاقتصادية ثم في المطلب الثاني نتطرق إلى إنشاء و إلغاء و تنظيم المرافق العامة الاقتصادية.

الفرع الأول:

مفهوم المرافق العامة الاقتصادية

وجد في ظل المفهوم التقليدي للمرافق العامة نوع واحد من المرافق العامة، وكان له الطابع الإداري، ومع صدور حكم "باك دالوكا " عن محكمة التنازع الفرنسية في عام ١٩٢١ ، بدأت المرافق العامة الاقتصادية بالظهور، وبالتالي أصبح هناك نوعان من المرافق العامة، الأول له طابع إداري، والثاني له طابع اقتصادي، وظهر في الخمسينات من القرن الماضي نوع جديد من المرافق العامة التي لها الطابع الاجتماعي إلا أنه سرعان ما أفل نجمه.

ترجع أهمية تصنيف المرافق العامة إلى مرافق عامة إدارية ومرافق عامة اقتصادية إلى معرفة القانون الواجب التطبيق والجهة القضائية المختصة بالنظر في منازعات المرفق العام، وهذا ما أكد عليه مجلس شورى الدولة اللبناني إذ اعتبر " أن طبيعة المؤسسة العامة تحدد قواعد الصلاحية في علاقاتها مع المستفيدين من خدماتها، وأن اجتهاد المجلس مستقر على أنه يعتبر المرجع الصالح للنظر في النزاعات الناشئة بين المؤسسات العامة ذات الطبيعة الإدارية وبين المنتفعين أو المستفيدين من خدماتها فقط، أما النزاعات الناشئة بين المؤسسة العامة ذات الطبيعة الصناعية والتجارية والمستفيدين منها والعاملين فيها، فهي تخضع لصلاحية القضاء العدلي ".[١]

---

[١] مروان محي الدين القطب – طرق خصخصة المرافق العامة – منشورات الحلبي الحقوقية – الطبعة الأولى ٢٠٠٩ –ص ٣١ ، ٣٢ .

ويمكن تعريف المرافق الإدارية بأنها تلك التي تتولى نشاطا لا يزاوله الأفراد عادة إما لعجزهم عن ذلك وإما لقلة أو انعدام مصلحتهم فيه، من أمثلة المرافق الإدارية مرفق الدفاع ومرفق الضبط ومرفق الصحة ومرفق التعليم وهذه المرافق كانت تمثل الوظائف الأصلية للدولة في الماضي حيث كان دورها يقتصر على حفظ الأمن من جهتي الخارج والداخل وإقامة العدالة بين المواطنين وأداء بعض الخدمات الضرورية لهم، مع تركهم أحرارا في ممارسة ما يشاءون من أنشطة أو أعمال وتبادل ما ينتج عنها من سلع وخدمات.

وتخضع المرافق العامة الإدارية كقاعدة عامة لأحكام القانون الإداري، بل أن هذه المرافق كانت الأساس الذي بناء عليه قامت نظريات وقواعد القانون الإداري في فرنسا، وهي مهد القانون الإداري في العالم، وتتمتع الإدارة في ممارستها لنشاطها المتعلق بهذه المرافق ما يسمى بوسائل وامتيازات القانون العام.

وتعد المرافق الاقتصادية هي المرافق التي تتخذ موضوعا لها نشاطا تجاريا أو صناعيا مماثلا لنشاط الأفراد، ونظرا لطبيعة نشاط هذه المرافق فإنها تخضع لأحكام القانون الخاص في حدود كبيرة، دون أن يمنع ذلك من خضوعها لأحكام القانون العام باعتبارها نوعا من أنواع المرافق العامة.[١] ولمعرفة طبيعة المرفق العام يجب الرجوع بالدرجة الأولى إلى نص الإنشاء، لأن المشرع يؤكد أحيانا صراحة طبيعة المرفق العام غير أن الأستاذين Delvolvé و vedel حذرا من هذا المعيار بقولهما أنه يجب الأخذ بالحسبان أن المشرع استعمل أحيانا بخفة عبارات ذات طابع صناعي وتجاري.

وفي القرار الصادر في ٢٤ جوان ١٩٦٨ عن محكمة التنازع تبين للمحكمة بعد التأكد من شروط عمل هذا الصندوق أنه يمارس نشاطا إداريا وليس مؤسسة عامة صناعية وتجارية، ومهمة الصندوق هي توجيه وتنظيم الأسواق التجارية[٢].

كما اعتبر الفقيه Chavaron أن: " المرفق العام التجاري والصناعي هو الذي يقوم بأعمال تجارية وفقا لأحكام المواد ٦٣٣-٦٣٢ من قانون التجارة، إلا أن هذا المعيار لم يلاق ترحيبا من طرف القضاء.

---

[١] د. ماجد راغب الحلو – القانون الإداري – دار الجامعة الجديدة للنشر – طبعة ٢٠٠٤ – ص ٢٠-٢٩.

[٢] ذهبت محكمة التنازع في فرنسا إلى أنه حسب الفقرة ٠١ من المادة ٠١ من مرسوم ٢٩ جوان ١٩٦١ فإنه تم إنشاء صندوق توجيه و تنظيم الأسواق الزراعية بصفته مؤسسة ذات طابع صناعي و تجاري ، و لكن حسب الفقرة ٠٢ من المادة السالف ذكرها فإن اختصاصات المؤسسة تنحصر في إعداد المراسيم الرئاسية المرتبطة بتدخل الدولة في الأسواق الزراعية و تنفيذها. ومن ذلك ما تبرمه من عقود مساعدة مع المصدرين. و بالتالي فإن نشاط هذا الصندوق يعد عملا إداريا بحتا. كما أن العقود التي يبرمها تعد تنفيذا لنشاط مرفق عام. و يختص القضاء الإداري بنظر المنازعات المرتبطة بنشاطه. و بالتالي فإن طلب شركة Distilleries Bretonnes برفع قيمة المساعدة التي يقدمها الصندوق تخضع لاختصاص القضاء الإداري و ذلك على عكس ما ذهبت إليه المحكمة التجارية لمقاطعة La Seine.

واقترح العميد Bonnardمعيار تحقيق الأرباح، حيث أنه إذا كان الهدف الأساسي للمرفق العام تحقيق الأرباح يكون هذا المرفق صناعيا وتجاريا. غير أن هذا المعيار ليس دقيقا لأن تحقيق الأرباح يتلازم أحيانا مع تحقيق المصلحة العامة.

في بداية الأمر تبنى مجلس الدولة الفرنسي هذا المعيار في قضية Bethet الصادر في شأنها قرار ب ٣٠ جوان ١٩٤٨ و في قضية شركة Mérienne الصادر في شأنها قرار بتاريخ ٣٠ جوان ١٩٥٠.

ثم ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى وجوب اعتماد عدة معايير هي:

الهدف: المرفق العام التجاري والصناعي هو مرفق عام وبالتالي هدفه هو دائما المصلحة العامة.

الموضوع: أن يكون الموضوع تجاريا أو صناعيا، كذلك يقتضي، البحث أيضا عن الشروط العامة التي يعمل فيها المرفق العام، أي تنظيم المرفق العام، علاقته بالمنتفعين وشروط العمل فيه، أي أن يكون هناك شبه بين المرفق العام والمشروع الخاص بالنسبة لشروط العمل ، وذلك ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادرة بتاريخ ١٩٥٦/١١/١٦ في قضية الإتحاد النقابي لصناعة الطائرات[1]. وفي حكمه الصادر بتاريخ ١٩٨٨/٠١/٢٠ في قضية La Colline [2] [3]

---

[1] . ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قضية الاتحاد النقابي لصناعة الطائرات إلى أنه حسب المادة السابعة من القانون الصادر في ١٧ أوت ١٩٤٨ أن السلطة التنظيمية هي التي تختص بتنظيم، إلغاء، تحويل، دمج و مراقبة جميع مصالح الدولة و الأجهزة التي تعمل تحت سلطتها أو التي تتحمل الدولة الجزء الأكبر من نفقتها . و لا تخضع الهيئات ذات الطابع الصناعي و التجاري لهذا المرسوم. و بالنسبة لصندوق التعويض لأجل لامركزية صناعة الطائرات فإنه حسب القانون المنشئ له فإن عمله ينحصر في دعم كل المعاملات ذات المصلحة العامة و يحصل مداخيله عن طريق رسوم شبه جبائية من الصفقات التي يبرمها وزير الطيران و بالتالي فهي هيئة ذات طابع إداري يجوز إلغائها بمرسوم على عكس ما ذهب إليه الإتحاد النقابي لصناعة الطائرات.

[2] . ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قضية La Colline أنه حسب الماد ٣٧٢ من قانون ٢٨ ماي ١٩٧٧ فإن مرفق التزويد بالماء الشروب يعد مرفقا صناعيا و تجاريا و ما يدعم ذلك أن الثمن الذي يقوم العميل بدفعه مرتبط بكمية الإستهلاك و ليس رسما ثابتا. و بالتالي فإن القضاء الإداري غير مختص بنظر هذه الدعاوى . وبذلك فان المحكمة الإدارية لمقاطعة ليون Lyon قد طبقت القانون تطبيقا صحيحا عندما حكمت بعدم الاختصاص النوعي بنظر الدعوى التي أقامتها الشركة المدنية العقارية La Colline ضد بلدية Benisson_Dieu لرفض هذه الأخير طلب إيصال الحي الذي شيدته الشركة بشبكة المياه الشروب للبلدية.

[3] د . هيام مروة – القانون الإداري الخاص – المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع – الطبعة الاولى – ص ٢٠٠٢ .

الفرع الثاني

إنشاء و إلغاء و تنظيم المرافق العامة الاقتصادية

تخضع كافة المرافق العامة الاقتصادية إلي مجموعة من القواعد العامة تحدد طرق إنشائها و وسيلة إلغاء و طريقة تنظيمها و هذا ما سنفصله كالتالي:

أولا: إنشاء المرافق العامة الاقتصادية

إن إنشاء المرفق العام هو أول مراحل التزام الإدارة بإشباع الحاجات العامة وهو يعني الإعتراف بأهمية توفير هذه الحاجة العامة، وتعرفه محكمة القضاء الإداري بقولها: "..... ومعنى إنشاء المرفق العام أن جهة الإدارة رأت أن هناك حاجة جماعية ملحة قد بلغت من الأهمية مبلغا يقتضي تدخلها لكي توفرها للأفراد باستخدام وسائل القانون العام، التي تنطوي على قدر كبير من المساس بحقوق الأفراد وحرياتهم مما يستتبع إحاطة هذا الإنشاء بشيء من الضمانات للتأكد من أن هذا المساس له في الواقع من الأمر ما يبرره".[١]

إنشاء المرافق العامة الاقتصادية في فرنسا:

قبل صدور دستور سنة ١٩٥٨ كان المبدأ السائد هو أن إنشاء المرافق العامة يتم بقانون، وتبرير هذا أن إنشاء مرفق عام يتضمن بالضرورة تحديدا لحرية الأفراد. سواء لأن إنشاء المرفق العام يؤدي إلى احتكار السلطة العامة للنشاط مما يحول بين الأفراد وبين ممارسة حرياتهم في هذا المجال. وحتى إذا لم يكن من شأن إنشاء المرفق إقامة احتكار فإن تطبيق القانون الإداري على المرفق العام يؤدي إلى فرض قيود على الأفراد وتخصيص أموال من ميزانية الدولة لتموين المرفق والحد من منافسة الأفراد، وكل هذه اعتبارات تبرر أن يكون التدخل بقانون.

لكن بصدور دستور سنة ١٩٥٨ جعل الاختصاص العام بالتشريع للحكومة، و جعل اختصاص البرلمان بالتشريع محددا بموضوعات محددة على سبيل الحصر، وهي الموضوعات التي وردت في المادة ٣٤ من دستور ١٩٥٨. و إن كان نص المادة ٣٤ ورد فيه أن البرلمان يصدر تشريعات بشأن التأميم وكذلك الشأن بالنسبة لنقل ملكية مشروع عام من القطاع العام إلى القطاع الخاص. و استخلص الفقيه الكبير **فيدل** أن إنشاء المرافق العامة لم يعد يستلزم صدور قانون و إنما يدخل اختصاص إنشاء المرافق العامة في اختصاص الحكومة.

بينما يرى الفقيه **ديلوبادير** أنه لا يمكن تبني حل مطلق على هذا النحو لأن نص المادة ٣٤ ورد فيه أن الضمانات الأساسية الممنوحة للأفراد من أجل ممارسة الحريات

---

[١] د.سامي جمال الدين ـ أصول القانون الاداري ـ دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية. طبعة ١٩٩٦ـ الجزء الثاني ص ٥٩٦.

العامة تدخل في اختصاص البرلمان. و أن بعض المرافق العامة و ليس كلها يؤدي إنشاؤها إلى المساس بالحريات و ما يبرر ضرورة إنشاء هذه المرافق العام بقوانين . [1]

إنشاء المرافق العامة الاقتصادية في مصر:

تنص المادة ١٤٦ من دستور ١٩٧١ على أن: " يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء و تنظيم المرافق و المصالح العامة ". ومن ثم لا يكون إنشاء المرافق العامة و تنظيمها إلا بقرارات تصدر من رئيس الجمهورية، دون تدخل من جانب البرلمان في هذا الخصوص، و إن كان البرلمان يلعب دورا هاما في خصوص الاعتمادات المالية المقررة لهذه المرافق باعتباره ممثلا للسلطة التي تملك السماح بإنفاق الأموال العامة في الأغراض التي يحددها. [2]

و قد اتفق الفقه في فرنسا و مصر علي أن الأصل في إنشاء المرافق العامة أنه أمر اختياري للسلطة العامة، فهو مما يدخل في مجال سلطتها التقديرية، إلا أنه استثناءا من هذا الأصل تكون سلطة مقيدة بالنسبة لبعض المرافق العامة حيث تلتزم بإنشائها، إما لأنها من المرافق التي تدخل بطبيعتها في نطاق وظائف الدولة الأساسية كمرفق الدفاع و مرفق البوليس حيث تتصل هذه المرافق بالأهداف الأساسية التي من أجلها و جدت السلطة العامة و هي بذلك مما يدخل في صميم الوظيفة الإدارية بمدلولها التقليدي، و إما لأنها من المرافق الإجبارية بناء علي نصوص تشريعية صريحة واردة في الدستور أو في صلب القوانين العادية مثل المرافق المحلية التي تنص قوانين الإدارة المحلية على ضرورة إنشائها بواسطة الهيئات الإدارية المحلية. و قد أيدت محكمة القضاء الإداري في مصر تلك القاعدة العامة في إنشاء المرافق العامة بقولها:" ......إن القيام بالمشروعات العامة و توزيعها على المدن و المناطق المختلفة لا يزال متروكا لتقدير السلطة التنفيذية تتصرف فيه بمطلق حريتها و اختيارها حسب ما يتراءى لها وفقا لقدراتها المالية و الإمكانيات التي لديها ....". [3]

إنشاء المرافق العامة الاقتصادية المحلية:

في القانون الفرنسي: تقوم المحافظات و الأقاليم بإنشاء المرافق المحلية و تتخذ قرارات إنشائها بالمجالس المحلية المختصة كل في دائرة اختصاصها، و يرى الفقه الفرنسي أن اختصاص الهيئات المحلية بإنشاء المرافق المحلية لا يتعارض مع المبدأ الذي كان مستقرا في فرنسا. و الذي كان يقضي بضرورة إنشاء المرافق العامة بقوانين. ذلك أن المرافق العامة تكون بقانون أو بناء على قانون. و بناء على قانوني ١٨٧١و ١٨٨٤ اللذين

---

[1] د. سعاد الشرقاوي - القانون الإداري و تحرير الاقتصاد - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٩٤- ص ١٦٧ - ١٦٨.
[2] د. رمضان محمد بطيخ - الوسيط في القانون الإداري - دار النهضة العربية. طبعة ١٩٩٧- ص ٥٩٦.
[3] د. سامي جمال الدين - المرجع السابق - ص ٥٩٦.

يجعلان الهيئات المحلية مختصة بإنشاء المرافق المحلية فإن اختصاص الهيئات المحلية يكون متماشيا مع المبادئ العامة في القانون الفرنسي .

و يضع الفقه حدا لنشاط الهيئات المحلية بشأن إنشاء وتنظيم المرافق العامة، فمن ناحية لا يجوز للهيئات المحلية أن تتولى إنشاء المرافق التي تهم الدولة بأسرها أي المرافق القومية ومن ناحية أخرى لا يجوز للهيئات المحلية كمبدأ عام إنشاء مرافق عامة تجارية و صناعية، غير أن المبدأ ترد عليه استثناءات مثل مرفق المياه و مرفق الغاز و مرفق الكهرباء و الحمامات و المغاسل. [١]

في القانون المصري:

تنص المادة الثانية من قانون الإدارة المحلية رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩:" تتولى وحدات الإدارة المحلية في حدود السياسة العامة والخطة العامة للدولة، إنشاء وإدارة المرافق العامة الواقعة في دائرتها".وبالتالي فإن للوحدات المحلية إنشاء الكثير من المرافق المحلية، أما المرافق القومية و المرافق ذات الطبيعة الخاصة فيتم إنشاؤها بقرار من رئيس الجمهورية.

لكن جعل الاختصاص بإنشاء المرافق المحلية من اختصاص الوحدات المحلية لا يحل المشكلة الدستورية في مصر، فهو يتعارض مع نص المادة ١٤٦ من الدستور. رغم أن النص في فرنسا على اختصاص الهيئات المحلية بإنشاء المرافق القومية يحل مشكلة الدستورية التي يمكن أن تثور بهذا الصدد.

كما أنه لكي يؤدي قانون نظام الحكم نتائجه المرجوة لا بد أن تكون إمكانيات الوحدات المحلية، كافية للوفاء بالالتزامات الملقاة على عاتقها. [٢]

ثانيا: إلغاء المرافق العامة الاقتصادية:

يلغى المرفق العام، إذا قدرت الدولة في وقت من الأوقات أن إشباع حاجات عامة معينة يمكن أن يتم بغير وسيلة المرفق، أي بواسطة المشروعات الخاصة المحضة أو المشروعات الخاصة ذات النفع العام، فتترك هذه المهمة لمجال النشاط الفردي، كما يجوز للدولة إلغاء المرفق العام إذا قدرت الإدارة، بدافع الرغبة في توفير الجهد والمال، أن الخدمة التي يؤديها المرفق العام المزمع إلغاؤه يمكن أن يعهد بها إلى مرفق عام آخر قائم أن يضاف عبئها إلى سائر أعباءه.

وكما أن إنشاء المرافق العامة يعتبر أمرا تقديريا للسلطة العامة كذلك تتمتع بصدد إلغائها بسلطة تقديرية، فتترخص في تقدير مدى الحاجة أو عدم الحاجة إلى المرفق

[١] د. سعاد الشرقاوي - المرجع السابق - ص ١٧٣ ـ ١٧٤.
[٢] المرجع نفسه - ص ١٨٠.

والموازنة بين فوائده ومضاره واختيار الوقت الملائم ووزن ظروف وملابساته وأسبابه ومبرراته.

والسلطة العامة المختصة بإلغاء المرفق العامة في الأصل هي ذات السلطة المختصة بالإنشاء، فمن يملك الإنشاء يملك الإلغاء، وبالتالي يجب أن تكون أداة الإلغاء مماثلة لأداة الإنشاء. فإذا كان المرفق قد أنشئ بقانون وجب أن يلغى بقانون أو بناء على قانون أي بتفويض تشريعي، أما إذ ا كان الإنشاء بأداة أدني مرتبة من القانون بناء علي تفويض تشريعي كأن يكون قد تم بقرار صادر من رئيس الجمهورية أو أحد المجالس المحلية، فإنه يتعين لإلغائه التمييز بين حالتين: [1]

فإن كان من المرافق الاختيارية كان للسلطة التي أنشأته أن تلغيه إذا قدرت ملاءمة ذلك. أما إن كانت من المرافق الإجبارية فلا تملك السلطة المفوضة في إنشائه والملزمة بهذا الإنشاء أن تلغيه من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون إلغاؤه بقانون أو بناء على تفويض جديد من القانون.

وأخيرا فإنه إذا كانت أداة إنشاء المرفق هي لوائح المرافق العامة الصادرة من رئيس الجمهورية استنادا إلى نص المادة ١٤٦ من الدستور فإنه يجوز أن يلغى هذا المرفق بقرار جمهوري مماثل.

ثالثا: تنظيم المرافق العامة الاقتصادية:

يقصد بتنظيم المرافق العامة وضع القواعد التي تكفل حسن سيرها وتبين طريقة إدارتها وكيفية تكوين الهيئات التي تتولاها وتحديد اختصاص كل منها، وبيان ما إذا كان المرفق الجديد سيلحق بشخص إداري أم ستكون له شخصية مستقلة وكذا بيان طريقة استغلاله، وهل سيكون احتكارا للسلطة الإدارية بحيث لا يباح لغيرها مزاولة نشاط من نفس النوع أم لا، كما تحدد القواعد التي تتبع في تعيين عمال المرفق وتأديبهم وعزلهم. [2]

والإدارة هي المختصة وحدها بوضع القواعد المتعلقة بمثل هذا التنظيم، كما تختص بتعديلها بما يتناسب مع ما يطرأ من تطورات وتغيرات، وذلك باعتبارها أقرب إلى أرض الواقع و أكثر خبرة ودراية بمقتضيات وظروف العمل، وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ ٣ مارس ١٩٥٧ حيث تقول:" يقتضي أن يترك للسلطة التنفيذية تنظيم المرفق ووضع القواعد التي يسير عليها بعد إنشائها بحسب ما يتوفر لديها من الخبرة الفنية وحاجة العمل، فهي التي تقرر ما إذا كانت إدارة المرفق الجديد تتولاها الدولة بنفسها أو بواسطة غيرها من الهيئات العامة أو الخاصة، وما إذا كان أسلوب إدارة

---

[1] د. سامي جمال الدين ـ المرجع السابق ـ ص ٦٠٠ ـ ٦٠١.

[2] المرجع نفسه ـ ص٦٠١.

هذا المرفق هو الاستغلال المباشر عن طريق السلطة الإدارية أو أن يعهد به إلى الأفراد يديرونه في شكل التزام أو ما إذا كان هذا المرفق سيكون محتكرا أو تتنافس فيه المشروعات الخاصة، وتحديد لشروط الواجب توفرها لدى الأفراد لإمكان انتفاعهم بهذا المرفق". [1]

المطلب الثاني:

آليات إدارة المرافق العامة الاقتصادية

تختلف أساليب إدارة المرافق العامة بحسب درجة تدخل الدولة فيمكن أن يدار المرفق العام عن طريق الدولة سواء بواسطة الاستغلال المباشر أو الهيئات العامة، كما أن هناك أساليب مشتركة مقتبسة من قواعد القانون الخاص وهو عقد مشاطرة الاستغلال وشركات الاقتصاد المختلط. كما أن الدولة تستطيع إدارة مرفق بواسطة أشخاص القانون الخاص وذلك عن طريق العقد الإداري " التزام المرفق العام "، وعن طريق تراخيص إدارة المرافق العامة أي عن طريق قرار إداري وسنقتصر في دراسة هذا المطلب على إدارة المرافق العامة بواسطة الدولة وفي الفرع الثاني نتطرق إلى الأساليب المشتركة لإدارة المرافق العامة الاقتصادية وسنتطرق في المبحث الثاني إلى دراسة العقود الإدارية كأسلوب لإدارة المرافق العامة الاقتصادية نظراً لأهميته.

الفرع الأول:

إدارة المرافق العامة الاقتصادية بواسطة الدولة

نميز في آليات الإدارة المباشرة بين الاستغلال المباشر وإتباع أسلوب الهيئات العامة كالتالي:

أولا: الاستغلال المباشر

تتبع الدولة هذا الأسلوب في إدارة المرفق العام عندما تقوم بنفسها بهذه المهمة أو(الهيئة الإدارية المحلية) عن طريق موظفيها وبأموالها وتحت مسئوليتها، وتستخدم وسائل القانون العام أي باستعمال امتيازات السلطة العامة، وكذلك بالنسبة لنظام سير المرافق العامة وإدارتها وخضوعها للأنظمة الحالية ولقواعد الموازنة ووحدتها وعموميتها ...الخ،و معظم المرافق العامة بل غالبيتها تدار بهذا الأسلوب، والمرافق العامة الإدارية تدار بصورة إجمالية بهذه الطريقة لما لها من أهمية قصوى بنظر الدولة ولرغبتها

[1] د. رمضان محمد بطيخ - المرجع السابق - ص ٧٨٥.

بإدارتها بمعزل عن الأفراد [١]، على أنه ليس هناك ما يمنع من حيث المبدأ، من إدارة المرافق الاقتصادية أيضا بهذه الطريقة، ولكن من الناحية العملية فإن طبيعة نشاط هذه المرافق لا تتماشى عادة مع هذا الأسلوب لما يترتب عليه من خضوعها لمعوقات وروتينيات إدارية ومالية مماثلة لتلك التي تعاني منها المرافق العامة الإدارية، ولذا فإن الدولة غالبا ما تستعيض في إدارة المرافق الاقتصادية عن أسلوب الاستغلال المباشر بأسلوب الأشخاص المرفقية، وعلى سبيل المثال، فبعد أن كانت مرافق السكك الحديدية والتلغرافات والبريد تدار بطريق الاستغلال المباشر قرر المشرع تحويلها إلى مؤسسات وهيئات عامة.[٢]

ثانيا: أسلوب المؤسسة العامة و الهيئة العامة

وقد جرى الفقه و القضاء على إطلاق اصطلاح المنشأة العامة (الهيئة العامة أو المؤسسة العامة)على الأشخاص المرفقية أو المصلحية و في الأصل كان يسرى هذا الاصطلاح على المصالح الإدارية، التي انفصلت عن السلطة التنفيذية بمنحها الشخصية المعنوية، فصارت مستقلة في الذمة المالية و في الوجود القانوني و في التحلل من قيود الروتين الإداري، إلا أن تطور حاجات الأفراد و تنوعها اقتضى إنشاء مرافق و مصالح أخرى مختلفة النظم و الأغراض لسد هذه الحاجات المختلفة و منها حاجات اقتصادية و أخرى ثقافية و صحية و اجتماعية ، الأمر الذي أجبر الدولة على أن تتجاوز ميدان نشاطها الإداري التقليدي إلى الميادين الأخرى كانت وقفا على النشاط الفردي. [٣]

الهيئة العامة أو المؤسسة العامة هي وسيلة من وسائل إدارة المرافق العامة عن طريق منظمة عامة مع منح هذه المنظمة الشخصية الاعتبارية، وقد ذهب الفقيه "هوريو" في تعريفه للمؤسسة العامة أن المؤسسة العامة مرفق عام متخصص وله شخصية معنوية، وعرفها برتملي "بأنها مرافق عامة منحت الشخصية المعنوية " [٤]

و تخضع المرافق العامة الاقتصادية إلي مجموعة من المبادئ منها مبدأ المساواة و قد استخدم مجلس الدولة الفرنسي عبارة مبدأ المساواة بالنسبة لإدارة المرافق العامة بدلا من مصطلح مبدأ المساواة بين المنتفعين بالمرافق العامة و هذا التعبير ليس تغييرا فقط في المصطلحات بل إنه تغيير في المضمون، حيث أن المجلس نفسه قد ذهب إلى أن مبدأ المساواة أمام المرافق العامة لم يعد دوره يتحدد فقط في إطار العلاقة بين المرفق و

---

[١] د . محمود عبد المجيد المغربي – المدخل إلى القانون الإداري الخاص – الجزء الأول – المؤسسات الحديثة للكتاب لبنان – ص ٣٨ .

[٢] د . محمد فؤاد عبد الباسط – القانون الإداري – دار الجامعة الجديدة للنشر – ٢٠٠٦ – ص ١٨٥ .

[٣] د . محمد محمد بدران — أصول القانون الإداري — دار النهضة العربية ـ طبعة ٢٠٠١ ـ ٢٠٠٢ —— ص ٢١٤ ـ ٢١٥ .

[٤] د . محمود عبد المجيد المغربي – المرجع السابق – ص ٧١ .

المنتفعين بخدماته بل امتد ليشمل العلاقة بين المرفق و بين كل شخص يساهم أو يشارك في تسيير المرفق بطريقة أو أخرى . [١]

و يخضع كل مرفق اقتصادي لبعض المبادئ الخاصة و علي سبيل المثال، يخضع مرفق الاتصالات السلكية و اللاسلكية لمبدأ المحافظة على الخصوصية، و هو أحد عناصر الحياة التي يجب احترامها، و في هذا الشأن أكد المجلس الدستوري الفرنسي ، بمناسبة تحويل France télécom ، أنه لا يجوز للمشرع إعفاء المشروع من الخضوع لمبادئ المرافق العامة و هي المساواة في المعاملة بين المنتفعين، و الحياد و السرية و استمرار المرفق. كما أن مبدأ المجانية ليس مبدأ دستوريا إلا بالنسبة لبعض المرافق الإدارية خصوصا مرفق التعليم فإذا لم يقرره الدستور يجوز للقانون أن يفرضه أو يستبعده. أما بالنسبة للمرافق التجارية و الصناعية فإن مبدأ المجانية مستبعد، و ما يقتضيه المرفق من مقابل مالي من المنتفعين يعتبر ثمنا و ليس رسما و بالتالي تحدده السلطة المسئولة عن المرفق بحرية. [٢]

وقد أجمل قسم التشريع بمجلس الدولة الأسس التي تتميز بها الهيئة العامة بقوله [٣]: " إن الأسس التي أقيمت عليها فكرة إنشاء الهيئات العامة في تطبيق أحكام القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ بإصدار قانون الهيئات العامة، تقوم على أن تنفرد شخصية اعتبارية بإدارة مرفق عام غير أن هناك قيدين يحدان من استغلال الهيئة العامة.

القيد الأول: هو قيد التخصص أي تقيد الهيئة العامة بالغرض الذي أنشئت من أجله ذلك أن كل قرار جمهوري يصدر بإنشاء هيئة عامة فإنه يحدد لها غرضا من الأغراض التي تقوم على تحقيقها، وعندئذ لا يكون للهيئة العامة حق في الخروج على هذا الغرض أو الهدف، ويترتب على ذلك أنه يحظر على الهيئة العامة قبول الهدايا و التبرعات التي تتنافى و هدف الهيئة العامة.

القيد الثاني: أن هذه الهيئات تخضع في ممارستها لنشاطها للوصاية الإدارية من قبل الإدارة العامة، فاستقلال الهيئة العامة إذن ليس مطلقا و الرقابة على النشاط ضرورية للتحقق من عدم الخروج على الهدف المخصص."

والمرافق التي تقوم على إدارتها الهيئات العامة تأخذ أحد شكلين من حيث القدم و الحداثة في نشأتها: فإما أن يتم منح الشخصية الاعتبارية لمرفق قائم بالفعل، مثلما حدث

---

[١] د. صلاح الدين فوزي ــ المبادىء العامة غير المكتوبة في القانون الإداري دراسة مقارنة ــ دار النهضة العربية ــ طبعة ١٩٩١ ــ ص ٢٨ .

[٢] د. محمد محمد عبد اللطيف ــ الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة ــ دار النهضة العربية ــ طبعة ٢٠٠٠ ــ ص ١٢٤ ـ ١٢٥ .

[٣] د. سعاد الشرقاوي ــ القانون الإداري ــ دار النهضة العربية ــ طبعة ٢٠٠٩ ــ ص ٢٣٩ ــ ٢٤٠ .

بالنسبة لمرفق دار الكتب المصرية ومرفق السكك الحديدية ومرفق البريد...الخ، وإما أن يتعاصر منح الشخصية المعنوية مع إنشاء المرفق العام وذلك في القرار الصادر بإنشاء الهيئة العامة. وتزول الهيئات العامة بإحدى الطرق الثلاثة الآتية:

الطريقة الأولى: بسحب الشخصية الاعتبارية للمرفق العام ، وعندئذ يعود المرفق إلى حالته السابقة واحدا من المرافق العامة التي لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية و الطريقة الثانية بأن يصدر قرار إداري بإلغاء المرفق العام للإستغناء عنه، والطريقة الثالثة بإندماج الهيئة العامة في هيئة عامة أخرى تمارس نشاطا مماثلا في مجمله أو في جزء منه للنشاط الذي كانت تمارسه الهيئة المندمجة.

١ – تطور الهيئات والمؤسسات العامة في مصر:

ويميز القانون المصري بين الهيئات العامة و المؤسسات العامة وسنبين الخصائص المميزة لكل منها:

ا – الهيئات العامة:

الهيئة العامة شخص مرفقي، أو مرفق يتمتع بالشخصية المعنوية، وذلك بصرف النظر عما إذا كانت الهيئة تمارس نشاطا اقتصاديا كهيئة كهرباء مصر، أم كانت تقوم بخدمة عامة من الخدمات التقليدية التي كانت تقوم بها الدولة أصلا كالهيئة العامة للبريد، وسواء أكانت الهيئة تخضع لوصاية السلطة المركزية كالهيئة العامة للسلع التموينية وتتبع وزير التموين، أم كانت تخضع لوصاية إحدى السلطات المحلية كالهيئة العامة لمرفق مياه الإسكندرية وتتبع محافظة الإسكندرية، وتنشأ الهيئات العامة بقرار من رئيس الجمهورية.

غير أنه إذا كان إنشاء الهيئة العامة يمس أوضاعا قانونية لا يجوز المساس بها، لا تنشئ الهيئة العامة إلا بقانون. ويتولى إدارة الهيئة مجلس إدارة ورئيس مجلس إدارة، ويعتبر مجلس إدارة الهيئة السلطة العليا المهيمنة على شئونها وتصريف أمورها واقتراح السياسة التي تسير عليها، ويقوم رئيس مجلس الإدارة بتنفيذ قرارات المجلس وتصريف شئون الهيئة وإعداد مشروع ميزانياتها وذلك طبقا لنص المادة ٩ من القانون ٦١ لسنة ١٩٦٣.[١]

تعتبر الهيئة العامة طبقا للقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ شخصا معنويا عاما أو شخصا إداريا يتمتع بالشخصية المعنوية مع ما يترتب على ذلك من آثار.[٢]

---

١ د. ماجد راغب الحلو – المرجع السابق – ص ٣٢٠- ٣٢٢

٢ المرجع نفسه – ص ٣٢٢ ..

١ – فللهيئة العامة ميزانية خاصة، وان كانت ملحقة بميزانية الدولة وتجري عليها أحكامها، وتتحمل الدولة عجزها كما يؤول لميزانية الدولة ما قد تحققه من أرباح (المادة ١٥).وتعتبر أموال الهيئة العامة أموالا عامة، ما لم ينص على خلاف ذلك في القرار الصادر بإنشاء الهيئة (المادة١٤).

٢ – للهيئة إصدار القرارات الإدارية لتحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله في حدود أحكام القانون و القرار الجمهوري الصادر بإشائها (المادة ٤).

٣ – يعتبر موظفو الهيئة العامة من الموظفين العموميين وتسري عليهم أحكام القوانين المتعلقة بالوظائف العامة فيما لم يرد بشأنه نص خاص (المادة ١٣).

٤ – للهيئة العامة أن تتعاقد وتجري جميع التصرفات و الأعمال التي من شأنها تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله (المادة ٣).

وتنص المادة ١١من القانون ٦١ لسنة ١٩٦٣ على أن تبلغ قرارات مجلس إدارة الهيئة إلى الوزير المختص لإعتمادها، وعلى الوزير أن يقدم إلى رئيس الجمهورية المسائل التي تستلزم صدور قرار منه فيها، وتنص المادة الخامسة على أن:" للوزير المختص سلطة التوجيه و الإشراف و الرقابة على الهيئات العامة التابعة له". وأخيرا فإن على مجلس الإدارة أن ينظر في كل ما يرى الوزيرالمختص عرضه من مسائل تدخل في اختصاص الهيئة. وبالتالي فإن الوزير يمارس سلطة الإشراف السابق والتوجيه اللاحق التي تعتبر من المبادئ الأساسية للسلطة الرئاسية مما يؤدي إلى القول إلى إنعدام إستقلالية الهيئات العامة وقد أكدت هذه المعاني المبادئ التي أقرها قسم التشريع بمجلس الدولة [١]. إذ قال: " إن المادة ١١ من قانون الهيئات العامة قد جعلت الوزير هو صاحب السلطة النهائية في اعتماد قرارات مجلس الإدارة أو رفضها أو إعادتها لأن الهيئة تعتبر مرفقا حكوميا يقوم على خدمة عامة ويعتبر قرار الوزير في شأن ما ينتهي إليه مجلس الإدارة من قرارات هو القرار النهائي مما يتعين معه استبعاد فكرة الاعتماد الضمني لقرارات المجلس."

كما يقول قسم التشريع: " ......إن اعتماد السيد الوزير لقرارات الهيئات العامة إنما يقوم على أساس من السلطة الرئاسية، مما لا يجوز معه افتراض الموافقة ضمنا بمضي مدة معينة دون اعتراض ".

ب – المؤسسات العامة:

كثر عدد المؤسسات العامة في مصر و تزايد اعتبارها بانتشار حركة التأميم ونقل ملكية كثير من المشروعات الخاصة إلى الدولة وتحويلها إلى مؤسسات عامة أو شركات

---

[١] د. سعاد الشرقاوي – المرجع السابق – ص ٢٥٧ – ٢٥٨ .

عامة تتبع مؤسسات عامة، إذ أن التأميم في حد ذاته لا يعتبر طريقة معينة من طرق إدارة المرافق العامة، وإنما هو مجرد وسيلة لنقل ملكية المشروعات من الأفراد إلى الدولة أو من القطاع الخاص إلى العام، لتدار بعد ذلك في الغالب بطريقة المؤسسات العامة، وكان الأصل وفقا لنص المادة السابعة من قانون المؤسسات العامة أنها لا تقدم خدماتها إلى الجمهور مباشرة، وإنما تمارس نشاطها بواسطة ما يتبعها من وحدات إقتصادية إذ كانت المؤسسة العامة طبقا لنص المادة الثامنة من هذا القانون هي وحدة إقتصادية قابضة تقوم على تحقيق أهداف خطة التنمية، أما ما يتبعها من وحدات إقتصادية فهي طبقا لنص المادة الرابعة، شركات القطاع العام و الجمعيات التعاونية والمنشئات التي تنشئها وتمتلكها بمفردها أو بالاشتراك مع غيرها.

وكانت المؤسسات العامة في ظل القانون٦٠ لسنة١٩٧١ تعتبر من أشخاص القانون العام، إذ كانت تتمتع بقدر من إمتيازات السلطة العامة إلى جانب تمتعها بالشخصية المعنوية ما يستتبع من الحصول على قدر من الإستقلال في تنظيم الشئون الداخلية، و الإنفراد بذمة مالية رغم أن أموالها لم تكن مملوكة لها وإنما اعتبرت بحكم المادة ٢٥ من " الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة ما لم ينص على خلاف ذلك في القرار الصادر بإنشائها " وذلك لتأكيد خضوع أموالها لأحكام القانون الخاص، رغم حماية المشرع لأموالها ضد الإعتداءات التي تقع عليها حماية لا تقل عن حمايته للأموال العامة.

وبصدور القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٧٥ اختفت المؤسسات العامة من القانون المصري التي كانت تمارس النشاط بذات منها، وتحولت إلى شركات عامة أو أدمجت في شركات قائمة أو تحولت إلى هيئات عامة، وقد حلت محل المؤسسات العامة في حدود معينة مجالس عليا للقطاعات، يتكون كل منها من مجموعة متشابهة أو متماثلة من شركات القطاع العام، وتختص بتقرير الأهداف العامة للقطاع ووضع الخطط والسياسات التي تكفل تحقيق التناسق والتكامل بين خطط ومشروعات الشركات و الوحدات الداخلة في نطاق القطاع وذلك طبقا لنص المادة ٨٢ مكرر المضافة وبالقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٧٥.

وفي آخر أكتوبر عام ١٩٨٣ عادت الوحدات الاقتصادية القابضة المتمتعة بالشخصية المعنوية من جديد، وأطلق عليها في هذه المرة هيئات القطاع العام بدلا من المؤسسات العامة، وتتولى كل هيئة الإشراف على مجموعة من شركات القطاع العام المتجانسة من حيث نوعية النشاط وظل الوضع كذلك إلى أن صدرالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١.(١)

---

(١) د. ماجد راغب الحلو – المرجع السابق – ص ٣١٨ – ٣١٩.

ج- الشركات القابضة والشركات التابعة:

عندما صدر قانون شركات قطاع الأعمال العام ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ نص على أن تحل الشركات القابضة محل هيئات القطاع العام الخاضعة لأحكام القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣، كما تحل الشركات التابعة محل الشركات التي كانت تشرف عليها هذه الهيئات، وذلك اعتبارا من تاريخ العمل بهذا القانون كما نص على أن تشكل مجالس إدارة هذه الشركات وفق أحكامه ويجوز بقرار جمهوري، بعد موافقة مجلس الوزراء تحويل إحدى الهيئات الاقتصادية أو المؤسسات العامة أو شركات القطاع العام المقرر لها أنظمة خاصة إلى شركة قابضة أو شركة تابعة تخضع لأحكام هذا القانون، ويصدر رئيس الجمهورية قرارا بتحديد الوزير المختص في تطبيق أحكامه وعليه أن يقدم إلى مجلس الوزراء تقارير دورية عن نتائج أعمال هذه الشركات.

وقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ على أن تتخذ الشركات القابضة والشركات التابعة شكل شركات المساهمة، ويسرى عليها بما لا يتعارض مع أحكامه، نصوص قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم و الشركات ذات المسئولية المحدودة الصادرة بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ كما نصت المادة الأولى من قانون شركات قطاع الأعمال العام على اعتبار الشركات القابضة من أشخاص القانون الخاص[1].

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ أن تحرير القطاع العام هو من المطالب الملحة التي طالما نادى بها الكثيرون وأوصت به خلاصة التجارب و البحوث، باعتبار ذلك يمثل الركيزة الأساسية في تطوير القطاع العام بهدف تحقيق النتائج الاقتصادية المرجوة، ويتحقق ذلك بالفصل بين الملكية والإدارة حيث يقتصر دور الدولة بصفتها المالكة للقطاع العام على المحاسبة على النتائج، وتمارس الإدارة في ذات الوقت نشاطها في الاستثمار بذات الأسلوب والمنهج الذي تدار به الاستثمارات الخاصة بعيدا عن سيطرت الأجهزة الحكومية و التعقيدات الإدارية. وهو ما أجمعت عليه التجارب في مختلف الدول التي لديها استثمارات عامة وأظهرته حقائق العصر الذي نعيشه، ويهدف القانون إلى تقليص دور الأجهزة الحكومية التي تمارس شكلا من أشكال الإشراف و التدخل و الرقابة على الوحدات الاقتصادية، ليقتصر الإشراف على جهة واحدة تمثل المالك هذا بالإضافة إلى إخضاع هذه الوحدات الاقتصادية لوسائل الإدارة المستخدمة في المشروعات الخاصة.[2]

---

[1] د. ماجد راغب الحلو – المرجع السابق – ص ٣١٩ – ٣٢٠ .

[2] المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون قطاع الأعمال العام – القانون ٢٠٠٣ لسنة ١٩٩١ .

وتخضع هذه الشركات لرقابة الوزير المختص الذي يلتزم بتقديم كل ستة أشهر تقرير لنتائج أعمال الشركات القابضة والشركات التابعة لها، و للوزير من خلال خبراء يعينهم حق الإطلاع على سجلات الشركات و طلب كافة البيانات التي تتطلبها طبيعة عملهم للتحقق من تنفيذ أحكام القانون ولائحته التنفيذية.[١]

كما أن للشركة القابضة الإطلاع على سجلات الشركة التابعة وطلب بيانات تفصيلية عن ميزانيتها وحسابات أرباحها وخسائرها، وتقرير مراقبي الحسابات عن ثلاث سنوات السابقة، وكافة الأوراق و المستندات الأخرى و يتم الإطلاع من خلال ممثلي الشركة القابضة في مجلس إدارة الشركة التابعة وفي مقر هذه الشركة.[٢]

كما يباشر الجهاز المركزي للمحاسبات اختصاصاته بشأن الرقابة على الشركات القابضة و الشركات التابعة لها، وتتضمن هذه الرقابة على الأخص مراجعة الحسابات الختامية و المراكز المالية و الميزانيات للوقوف على مدى صحتها و تمثيلها لحقيقة النشاط وذلك وفقا للمبادئ المحاسبية المتعارف عليها.[٣]

والجهاز المركزي للمحاسبات هيئة مستقلة ذات شخصية اعتبارية عامة تلحق بمجلس الشعب، وتهدف أساسا إلى تحقيق الرقابة على أموال الدولة وعلى أموال الأشخاص العامة الأخرى وتعاون مجلس الشعب في القيام بمهامه في هذه الرقابة فللجهاز المركزي سلطة تعقيب. كما أن أعماله لا تدخل في نطاق الأعمال القضائية وإن كان ملحقا بالسلطة التشريعية إلا أن هذا الإلحاق لا يضفي على أعمال الجهاز أي صفة أو طبيعة تشريعية بل تظل كما هي أعمالا إدارية.[٤]

وقد كان صدور قانون ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ هو تمهيدا لخصخصة شركات القطاع العام و المشرع المصري لم يضع إطارا تشريعيا للخصخصة، ولم يصدر قانونا لها كما سبق عند تأميمه الشركات الخاصة بقانون. إنما ترك للسلطة التنفيذية وضع برامج الخصخصة وتنفيذه بنفسها وباستقراء برنامج الحكومة في هذا الشأن نجد أنه يطرح للبيع المشروعات الاقتصادية التي تملكها المحافظات، وكذا مساهمات الشركات العامة التي تخضع لأحكام القانون ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ في الشركات المشتركة، وكذلك ما تقرر الدولة بيعه من أصول وأسهم شركات قطاع الأعمال العام التابعة للشركات القابضة. وتضمن البرنامج أيضا طرح أسهم وأصول ٢٥ شركة على الأقل للبيع سنويا على أن يستمر الطرح لعدد مماثل كل سنة ما بين ١٩٩٢ حتى ١٩٩٧ ، وأرفق للبيع، بالبرنامج المعلق رقم ١ متضمنا للشركات المطروحة أسهمها للبيع وباستقرائها، نجد أن القطاع العام احتفظ

---

١ اللائحة التنفيذية لقانون شركات قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ الصادر بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٥٩٠ لسنة ١٩٩١ المادة ٧٨ .

٢ اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ مادة ٧٩ .

٣ اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ مادة ٧٧ .

٤ السيد محمد حسن الجوهري – الرقابة على مشروعات استثمار القطاع العام – منشأة المعارف – طبعة ٢٠٠٧ – ص ١١٤ – ١١٥ .

بالأنشطة الإستراتيجية. وانصبت رغبة الحكومة على بيع المشروعات العامة غير الإستراتيجية و المختلطة ويشمل ما يتم طرحه للبيع الكلي أو الجزئي أوالتأجير التمويلي أو الإدارة الخاصة ما يلي: [١]

أولا: الأسهم التي تملكها الشركات القابضة في رؤوس أموال الشركات المشتركة، الخاضعة لقانون الاستثمار رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩، والشركات المساهمة الخاضعة لأحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

ثانيا: الأسهم التي تملكها الشركات القابضة في رؤوس أموال الشركات التابعة و الخاضعة للقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ ويساهم فيها القطاع الخاص.

ثالثا: الأسهم التي تملكها الشركات القابضة في رؤوس أموال الشركات التابعة و الخاضعة للقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ و التي تملكها الشركات القابضة بالكامل.

رابعا: ما تحدده الشركات التابعة من أصول يمكن أن تطرح للبيع، (مثل الفنادق أو خطوط الإنتاج أو المحلات التجارية أو أية أصول أخرى عقارية أو منقولة).

خامسا: طرح بيع أراضي الإستصلاح المملوكة للدولة، والمشروعات الاقتصادية في المحافظات و التي لم يتم بيعها بعد.

سادسا: بيع المشروعات غير المصرفية، المملوكة لبنك الإئتمان و التنمية الزراعية.

سابعا: بيع أو تأجير أو إستخدام متعهدين لمحطات توزيع المنتجات البترولية و المملوكة للشركات التابعة للهيئة العامة للبترول.

ثامنا: تأجير الشركات التابعة لأي خط من خطوط إنتاجها، بعد صدور قرارات بذلك من مجالس إدارتها وجمعياتها العامة طبقا لأحكام القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١.

تاسعا: إسناد الإدارة الخاصة لبعض المستشفيات العامة أو أجزاء منها.

عاشرا: مشاركة القطاع الخاص في الاستثمار في المرافق العامة من خلال إقامة محطات إنتاج الكهرباء ومياه الشرب و الطرق وسنترالات الإتصالات السلكية و اللاسلكية.

على أن الشركات القابضة طبقا للمادة الثالثة من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ لا يجوز تداول أسهمها إلا فيما بين الأشخاص الاعتبارية العامة، لذا لا يجوز بيع أسهمها إلى القطاع الخاص لأنها تظل مملوكة لهذه الأشخاص العامة.

---

[١] د.أحمد محمد محرز – النظام القانوني لتحول القطاع العام إلى القطاع الخاص –منشأة المعارف – طبعة ٢٠٠٩ – ص ١٢٩ – ١٣٢.

وكذلك إذا باعت الشركة التابعة الأسهم التي تملكها في شركات الاستثمار الخاضعة للقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ أو شركات المساهمة الخاضعة لقانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، فتظل هذه الشركات الخاصة (شركات الاستثمار أو المساهمة) محتفظة بنظامها القانوني وخاضعة للقانون الذي تأسست طبقا لأحكامه، أما إذا كانت الشركة التابعة تملك أغلبية الأسهم وتخضع لأحكام القانون ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ وباعت أسهمها للقطاع الخاص أو جانبا كبيرا من هذه الأسهم، بحيث ترتب على ذلك إنخفاض نسبة مساهمة الشركة القابضة على نسبة الأغلبية (أكثر من ٥٠ بالمئة من رأس المال)، فيجب على المساهمين الجدد القيام بإجراءات تأسيس جديدة ، طبقا لأحكام قانون الاستثمار رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ أو قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم و الشركات ذات المسئولية المحدودة رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، بحسب الشروط التي يتطلبها أي من القانونين.[١]

وقد بلغت حصيلة الخصخصة منذ بداية البرنامج حتى أول يناير ٢٠٠٨ مبلغ ٥٣.٢٦٩ مليار جنيه تم توجيه ١٦.٦ مليار جنيه لوزارة المالية وتم تسديد ٢.٨ مليار لصندوق إعادة الهيكلة، ٩.٤ مليار إلى الشركات القابضة، ١٧.٤ مليار إلى البنوك، ١.٥ مليار إلى شركات التأمين، ٧١ مليون جنيه للبنك المركزي، ٢٧٨ مليون للمحافظات، ٥.٢٠٠ مليار تحت التحصيل وما كان برنامج الخصخصة الذي أخذت به مصر إلا استجابة لتوصيات البنك الدولي وصندوق النقد الدولي وتمهيدا لتمويل الوحدات الإنتاجية في اقتصاديات الدول النامية و الأخذ بآليات السوق في إدارة المواد الاقتصادية بما يعمق اندماجها في السوق العالمية وفتح المجال للاستثمارات الأجنبية ، إلا أن سياسة الخصخصة لاقت عدم الرضاء من عامة الشعب لنتائجها الملموسة في تدني آثارها على العمالة بزيادة حجم البطالة لسياسة المعاش المبكر وتدني حصيلتها بالبيع البخس الذي لم يؤت أكله في مجال التنمية.[٢]

٢ ـ المؤسسات العمومية الاقتصادية في الجزائر:

تعددت الأشكال القانونية للمؤسسات العمومية الاقتصادية حيث إتخذت في البداية قالب المؤسسة المسيرة ذاتيا وفي بعض الأحيان صيغة الشركة الوطنية وفي بعض الحالات الهيئة العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري مما أدى بالسلطة الاشتراكية إلى السعي لتوحيد النظام القانوني فصدر الأمر ٧٤/٧١ المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات.

---

[١] د. أحمد محمد محرز ـ المرجع السابق ـ ص ١٣٢ .

[٢] المرجع نفسه- ص ٢٦٥ ـ ٢٦٧ .

أ – المؤسسة الاشتراكية:

أصدرت الحكومة الأمر رقم ٧٤/٧١ المؤرخ في ١٩٧١/١١/١٦ المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات، ويهدف هذا القانون إلى توحيد النظام القانوني للمؤسسات العمومية أيا كانت طبيعتها إقتصادية أو إجتماعية وحتى ثقافية. وقد ساهم هذا المنطق التوحيدي في استحداث مبادئ جديدة للمؤسسة الاشتراكية، لعل أهمها مبدأ المنتج المسير الذي يقوم على فكرة إشراك العمال في تسيير شئون المؤسسة. ويتم هذا الإشراك من خلال مجلس العمال و اللجان الدائمة المنبثقة عنه. بيد أن هذا القالب الجديد للمؤسسة لم يسمح لهاته الأخيرة بالإنتعاش بل ضاعف من حدة أزمتها المالية و الإنتاجية ويمكن جرد عناصر أزمة المؤسسة الاشتراكية فيما يلي: [١]

١- غياب الفصل بين المالك الذي هو الدولة، والمسير التي هي إدارة المؤسسة حيث احتفظت السلطة الاشتراكية بسلطة القرار.

٢- تعدد جهات الوصاية على المؤسسة، وفي هذا الإطار تخضع المؤسسة لكتابة الدولة للتخطيط فيما يتعلق بالاستثمار و إلى وزارة التجارة فيما يرتبط بتحديد سعر المنتوج وإلى الوزارة المشرفة على القطاع فيما يتعلق بتعيين أجهزة التسيير.

٣- اعتبار المؤسسة الاشتراكية عون تنفيذي للمخطط ليس له أي دور في إعداد هذا المخطط.

٤- عدم الفصل بين الذمة المالية للدولة والذمة المالية للمؤسسة، وقد تكرس هذا الواقع في شكل مساعدات مالية متنامية تقدمها الدولة من الخزينة العمومية إلى مؤسساتها الاقتصادية.

٥- تكليف المؤسسة بأدوار اجتماعية وأعباء مرفقيه همشت من دورها الاقتصادي.

ب – إعادة هيكلة المؤسسات الاشتراكية:

إن عدم نجاعة التسيير الاقتصادي للمؤسسات دفع بالسلطة السياسية إلى النظر في إعادة هيكلة المؤسسات الاقتصادية المسيرة اشتراكيا، فصدر المرسوم رقم ٢٤٢/٨٠ المؤرخ في ١٩٨٠/١٠/٤ على أن:" هدف إعادة الهيكلة هو تنمية احتياجات الاقتصاد و السكان المتزايدة، بواسطة تحسين شروط عمل الاقتصاد والتحكم الأمثل في الجهاز الإنتاجي وخلق تجانس بين نتائج نشاط المؤسسة و الأهداف المسندة إليها في المخطط الوطني للتنمية. [٢]

---

[١] د- عجة الجيلالي – قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية – دار الخلدونية -٢٠٠٦ –ص ١٦٩ – ١٧٠ .

[٢] المرجع نفسه – ص ٧٣ – ٧٤ .

إلا أن مرحلة إعادة الهيكلة انتهت إلى الفشل البائن والذي يعزى في الأساس إلى الأسباب التالية:[١]

١- طغيان الدور الإيديولوجي للمؤسسة حيث إستعملت المؤسسات كأداة للحفاظ على السلم الاجتماعي، ومركزا لتوزيع الريع النفطي بدلا من أن تكون فائضا للقيمة، ومن هنا برزت فكرة الأجرة السياسية و الأرباح الوهمية دون مقابل إنتاجي، وأصبحت المؤسسة الاقتصادية أداة لتلبية الرغبات الاجتماعية للعمال كالنقل و الصحة و النشاطات الرياضية و التكوين.

٢- عدم الحسم في طبيعة التراث المالي للمؤسسة، حيث لم تشأ سلطة إعادة الهيكلة إحداث فصل قانوني بين المؤسس الذي هو الدولة و المؤسسة باعتبارها شخص معنوي مستقل، وذلك رغم صدور القانون رقم ٨٤/١٦ المتعلق بالأملاك الوطنية، إلا أنه أبقى رأس مال المؤسسات الاشتراكية مالا عاما خاضعا لقواعد حماية المال العام وغير معني بنظام الإفلاس و التسوية القضائية، كما نجم عن غياب هذا الفصل عدم تمتع المؤسسة بذمة مالية مستقلة نتيجة إفتقارها للتوازن المالي والذي يجبرها على اللجوء إلى مساعدات الدولة أو الإقتراض من البنوك، كما أن التشريعات تمنع المؤسسات الاقتصادية من التمويل الذاتي للمشاريع الاستثمارية.

٣- خضوع المؤسسة لنظام قانوني هجين ومختلط: يستمد قواعده من القانون العام وفي حالات نادرة من القانون الخاص، كما أخضع العقود التي تبرمها المؤسسات العمومية الاقتصادية لقانون الصفقات العمومية، مما يعني عدم خضوع هذه المؤسسات في عقودها لقواعد القانون الخاص مما يؤدي إلى بطء التعاقد وينم ذلك صراحة عن إنعدام الإستقلالية.

٤- التبعية المفرطة إتجاه الوصاية: حيث تخضع المؤسسة لقرارات السلطة الوصية فيما يتعلق بشئون الاستثمار أو الإنتاج، كما أنها لا تخضع لجهة وصائية واحدة بل إلى تعددية وصائية تجعلها في وضع متناقض تجاه بعض الإدارات المركزية حيث يحتكر بعضها سلطة تحديد الأسعار كوزارة التجارة، أو سلطة تحديد الأجور كوزارة العمل، أو سلطة تحديد الاستثمار، والتمويل كوزارة المالية، أو سلطة البرمجة كوزارة التخطيط أو سلطة الإنتاج كالوزارة المشرفة على القطاع، وهذه التبعيات المتنافرة تخنق في الواقع أي مبادرة ذاتية للمؤسسة، وتقضي على الشخصية المعنوية لها و التي تصبح من الناحية الواقعية وهم قانوني.

---

[١] د- عجة الجيلالي ــ المرجع السابق ـ ص ١٧١- ١٧٣ .

ج- إستقلالية المؤسسات الاقتصادية:

صدر القانون رقم ٠١/٨٨ المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية وقام بإنشاء، صناديق المساهمة التي هي عبارة عن صناديق تخضع للقانون التجاري، وتزود بنظام قانوني خاص وتتولى إنشاء و تسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية، وبذلك إبتعدت الدولة عن التسيير المباشر للمؤسسات العمومية الاقتصادية. حيث تتولى صناديق للمساهمة عن طريق الأجهزة التي تؤهلها لذلك تعيين أعضاء الجمعية العمومية للمؤسسة الاقتصادية، ويتولى إدارة المؤسسة مجلس الإدارة يتكون من ٧ أعضاء كحد أدنى و١٢ عضوا كحد أقصى عضوان بقوة القانون يمثلان العمال المنتخبين و ٥ ممثلين كحد أدنى و ١٠ ممثلين كحد أقصى تعينهم أو تجدد وظائفهم الجمعية العامة العادية وعلاوة على ذلك يمكن للدولة أن تعين عند الإقتضاء شخصين قائمين بالإدارة.

كما يتولى تسيير الإدارة مدير عام أو مسير، إلا أن المؤسسات العمومية الاقتصادية تبقى خاضعة للدولة وتتولى تجسيد المخطط المتوسط الأمد، مما يجعلها بعيدة عن آليات التسيير الخاضعة لقواعد القانون الخاص رغم النص على استقلاليتها. وتلاحظ هذه التبعية من خلال تعيين الدولة لأعضاء صناديق المساهمة إذ تنص المادة ١٣ من القانون ٠٣/٨٨ الخاص بصناديق المساهمة على أن يتولى إدارة صندوق المساهمة مجلس إدارة تعين الحكومة أعضاءه يتراوح عددهم من ٥ إلى٩ أعضاء لمدة ٥ سنوات قابلة للتجديد.

كما نص القانون على الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري وهي تختلف عن المؤسسات العمومية الاقتصادية. وتخضع للقواعد المطبقة على الإدارة في علاقاتها مع الدولة وتعد تاجرة في علاقاتها مع الغير وتخضع لقواعد القانون التجاري ويكون لها ذمة مالية متميزة وموازنة خاصة طبقا للأحكام القانونية و التنظيمية المطبقة في هذا الشأن ويتحدد الطابع الصناعي و التجاري للهيئة العمومية وكذا قواعد تنظيميها وسيرها بموجب عقد الإنشاء و القوانين الأساسية المتخذة وفق الشكل التنظيمي.[١][٢]

إلا أن المؤسسات العمومية الاقتصادية و الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري بقيت تعاني من نقص المردودية مما أدى إلى صدور قانون ٢٥/٩٥ الخاص بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة بقصد إعادة هيكلة هذه المؤسسات وتمهيدا لخصخصتها.

---

[١] القانون رقم ٠١/٨٨ المؤرخ في ١٢ يناير ١٩٨٨ يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية .
[٢] القانون رقم ٠٣/٨٨ المؤرخ في ١٢ يناير ١٩٨٨ يتعلق بصناديق المساهمة .

د – خصخصة المؤسسات الاقتصادية:

أنشأ القانون ٢٥/٩٥ الشركات القابضة العمومية وحولت إليها الأسهم و السندات التي تحوزها صناديق المساهمة، وبذلك تتولى تسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية التي أصبحت تخضع لرقابة الشركات القابضة. ويتولى المجلس الوطني لمساهمات الدولة تنسيق نشاط الشركات القابضة العمومية وتوجيهها ويحدد المجلس الوطني لمساهمات الدولة بالتشاور مع أجهزة المداولة للشركات القابضة العمومية أهداف سياسية تسيير مساهمات الدولة ويحدد عند الإقتضاء شروط توظيف رؤوس الأموال التابعة للدولة وشراء الأسهم وغيرها من القيم المنقولة و التنازل عنها. [١]

ويتشكل المجلس الوطني لمساهمات الدولة من الأعضاء الآتيين:

- الوزير المكلف بالداخلية و الجماعات المحلية.
- الوزير المكلف بإعادة الهيكلة الصناعية و المساهمة.
- الوزير المكلف بالمالية.
- الوزير المكلف بالعمل و التشغيل.
- الوزير المكلف بالتجارة.
- الوزير المكلف بالصناعة و الطاقة.
- الوزير المكلف بالتجهيز.
- الوزير المكلف بالنقل.
- الوزير المكلف بالسياحة.
- الوزير المكلف بالسكن.
- الوزير المكلف بالفلاحة.
- السلطة المكلفة بالتخطيط.

يرسم المجلس الإستراتيجيات في المجال الاقتصادي و المالي، ويحدد في برامج عامة أو فرعية والأهداف الواجب أن تبلغها الشركات القابضة العمومية.

كما يعد المجلس ويصادق بالتنسيق مع الشركات القابضة العمومية فيما يأتي:

---

[1] القانون رقم ٢٥/٩٥ المورخ في ٢٥ سبتمبر ١٩٩٥ يتعلق بتسيير رووس الأموال التجارية التابعة للدولة .

١) السياسات و البرامج العامة التي تتعلق بتداول السندات و القيم المنقولة، عملا بإستراتيجيات إعادة انتشار المساهمات العمومية.

٢) كيفيات التكفل بالمؤسسات العمومية التي تواجهها صعوبات مالية.

وصدر في ذات الوقت الأمر رقم ٢٢/٩٥ المتعلق بالخوصصة و المؤرخ في ٢٦ غشت لسنة ١٩٩٥ .[1] ويحدد هذا الأمر القواعد العامة لخوصصة المؤسسات التي تملك فيها الدولة و الأشخاص المعنويون التابعون للقانون العام بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزءا من رأس مالها أو كله، وتعني الخوصصة القيام بمعاملة أو معاملات تجارية تتجسد إما:

١- في تحويل ملكية الأصول المادية أو المعنوية في مؤسسة عمومية أو جزء منها أوكل رأس مالها أو جزء منه، لصالح أشخاص طبيعيين أو معنويين تابعين للقانون الخاص.

٢ – إما في تحويل تسيير مؤسسات عامة إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين تابعين للقانون الخاص، وذلك بواسطة صيغ تعاقدية تحدد كيفيات تحويل التسيير وممارسته وشروطه، ويخضع إعداد قائمة المؤسسات المعنية بالخوصصة لاختصاص الحكومة ومسئوليتها ويحدد بمرسوم تنفيذي بناءا على تقرير الهيئة المكلفة بالخصخصة.

وتتولى الهيئة المكلفة بالخوصصة تنفيذ هذه الإجراءات ويحدث لديها مجلس يسمى مجلس الخوصصة يتكون من ٧ إلى٩ أعضاء من بينهم رئيسه وتتمثل مهمة المجلس إستنادا إلى برنامج الخوصصة الذي صادقت عليه الحكومة فيما يأتي:

- ينفذ برنامج الخوصصة طبقا للتشريع و التنظيم المعمول بهما وأحكام هذا الأمر.

- يوصي بتوجيهات خاصة سياسية الخوصصة، وكذا مناهج الخوصصة الأكثر ملائمة لكل مؤسسة عمومية أو لأصولها.

- يقدر أو يكلف من يقدر قيمة المؤسسة العمومية أو أصولها المزمع التنازل عنها.

- يدرس العروض ويقوم بانتقائها ويعد تقريرا ظرفيا عن العرض المقبول ويرسله إلى الهيئة.

- يتخذ كل التدابير اللازمة للقيام بخوصصة المؤسسات العمومية التابعة للخوصصة أو أصولها.

---

[1] الأمر رقم ٢٢/٩٥ المؤرخ في ٢٦ غشت ١٩٩٥ يتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية .

- يمسك التسجيلات ويحفظ المعلومات ويؤسس إجراءات إدارية لضمان تسوية المعلومات.

- يمكن للمجلس أن يستعين بأي خبير تبدو له مساعدته ضرورية.

وقد حددت المادة ٢٥ من ذات الأمر كيفيات الخوصصة وهي:

١- التنازل عن طريق السوق المالية أي عن طريق البيع في بورصة القيم المنقولة وإما بعرض مالي للبيع بسعر ثابت
٢- التنازل عن طريق المزايدة وذلك عن طريق مزايدة محدودة أو مفتوحة أو وطنية أو دولية وينشر لذلك إعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية.

٣- خوصصة التسيير ويتم بموجب مزايدة محدودة أو مفتوحة أو وطنية أو دولية.

٤- عقد التراضي ويعد إجراء استثنائيا ويمكن أن يتم على الخصوص في الحالات التالية:

أ – في حالة التحويل التكنولوجي النوعي.

ب – في حالة ضرورة إكتساب تسيير متخصص.

ولم يبق أمام أسلوب التعديل الهيكلي غير القطاع الفلاحي حيث لم تنجح السلطة في تمرير قانون بيع الأراضي الفلاحية التابعة للدولة، لكنها مع ذلك إستبدلت تقنية البيع بتقنية الامتياز و التي هي في الواقع ليست غريبة عن فكرة التعديل الهيكلي إن لم تكن جزءا منها، وتسارعت وتيرة حل المؤسسات، إذ نجد أن عدد الشركات القابضة المنحلة سنة ١٩٩٦ بلغ ٤١١ شركة وفي سنة ١٩٩٧ بلغ عدد الشركات المنحلة ٧٦، كما أنشأت الدولة لجنة مراقبة عمليات الخوصصة التي تعمل بالتنسيق مع مجلس مساهمات الدولة، الذي يتولى تسيير القيم المنقولة للشركات القابضة، كما أنه تم إهمال دور السوق المالية في تسريع مسار الخوصصة أين إعتمدت الدولة أسلوب الخوصصة بالتراضي، مما آثار شكوكا تتعلق أساسا بمخاطر إنتقال المال العام إلى جيوب المضاربين بأسعار بخسة لا تعكس القيمة الحقيقية للمال المتنازل عنه، كما أن عملية الخوصصة دفعت بالإتحاد العام للعمال الجزائريين إلى الإحتجاج مخافة خوصصة قطاع المحروقات الذي يمثل ٩٧ من صادرات الدولة و يمول أكثر من ٧٥ من نفقات خاصة في باب نفقات التسيير.[١]

[١] د – عجة الجيلالي – المرجع السابق – ص ٢٥٧ – ٢٦٥ .

الفرع الثاني:

إدارة المرافق العامة الاقتصادية بواسطة

مشروعات الاقتصاد المختلط

نميز هنا بين آليتين لإدارة المرافق الاقتصادية الآلية الأولى وهي مشاطرة الاستغلال و الآلية الثانية هي شركات الاقتصاد المختلط.

أولا: عقد مشاطرة الاستغلال

ظهر هذا الأسلوب بفضل ما وجه إلى أسلوب الاستغلال المباشر من نقد وذلك لأن هذا الأخير يمتاز بتدخل الدولة بنفسها و بأموالها و بموظفيها لإدارة المرفق العام لإحجام الأفراد عنه أو لأنها ترى أن مشاركة الأفراد لها في هذا الميدان يمثل خطورة معينة. كما أن عقود الامتياز ليست أحسن حالا، فمنح الالتزام إلى فرد لاستغلال المرفق العام و الإستيلاء على أرباحه و بالرغم من ذلك تصبح الإدارة أولا و أخيرا هي المسئولة ماليا كل ما وجدت ظروف غير عادية تعرض لها المرفق مما يمثل خطورة على المرفق بانتظام و إطراد.[١]

ويعرف عقد مشاطرة الاستغلال بأنه عقد بمقتضاه تعهد الإدارة إلى فرد أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام إقتصادي، لحساب الإدارة، مقابل مكافئة مالية يتقاضاها المستغل من الإدارة وهذه المكافئة تختلف صيغتها من عقد إلى آخر. ومؤدي هذا التعريف أن المتعاقد مع الإدارة تقتصر مهمته على إدارة المرفق العام لحساب الإدارة و لا يتحمل الخسائر وإنما تتحملها الإدارة وحدها. غير أن الفقيه دي سوت (DESOTO) يرى أن عقد مشاطرة الاستغلال هو استغلال مرفق عام بواسطة فرد عادي لحساب الإدارة مع مساهمة المستغل في النتائج المالية للإستغلال بما في ذلك الخسائر ولكن في إطار محدود. و الفارق بين المتلزم و المستغل يخلص في أن الملتزم يدير المشروع وتكون مكافئته العادية هي الفوائد أما المستغل فهو يدير المشروع و تحاول الإدارة أن تقدم له حوافز بإعطائه مكافأة على قدر حسن سير المشروع .[٢]

وأسلوب مشاطرة الاستغلال نادر التطبيق في مصر ولم تأخذ به الإدارة المصرية قبل الثورة إلا في حالة واحدة هي إدارة الإذاعة المصرية في الفترة ما بين سنتي ١٩٣٢ و ١٩٤٧. كما قررت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع لمجلس الدولة بجلسة ١٩٨٣/٣/٢ اعتبار مشروع العقد المبرم بين شركة المنتزه (شركة خاصة مساهمة

---

[١] د. نبيلة عبد الحليم كامل ود. جابر جاد نصار – الوجيز في القانون الإداري – دار النهضة العربية – الطبعة الأولي – ص ١٨٣ – ١٨٤ .
[٢] د. سعاد الشرقاوي – المرجع السابق – ص ٢٦١ – ٢٦٤ .

أسستها بعض شركات القطاع العام في ظل قانون الاستثمار) ووزارة السياحة لإدارة قصر المنتزه بالإسكندرية هو عقد إدارة أي عقد مشاطرة الاستغلال، وليس عقد التزام، وبذلك أقرت الجمعية العمومية عدم اشتراط أن يكون الطريق الوحيد لإدارة المرفق بنظام الامتياز دون سواه.[١]

ثانيا: شركات الاقتصاد المختلط

شركة الاقتصاد المختلط هي " شخص معنوي متميز من أشخاص القانون الخاص ذات تطبيقات خاصة، يشترك في تكوين رأسماله وإدارته أحد أشخاص القانون العام مع أحد الأفراد أو الشركات الخاصة بغية تحقيق مهمة ذات نفع عام أو إدارة مرفق عام ".[٢]

نشأت شركات الاقتصاد المختلط في ألمانيا في القرن التاسع عشر، حيث شارك الحكام الألمان في المؤسسات الصناعية الناشئة، إلا أن التطبيق الفرنسي لهذه الشركات هو الذي كرس فكرة الاقتصاد المختلط وأعطاه النظام القانوني المعمول به حاليا، والذي أصبح ذا بعد عالمي وأخذت فرنسا شركات الاقتصاد المختلط في بداية القرن العشرين مع إنشاء الشركة الفرنسية للبترول في عام ١٩٢٤ وكان الهدف من إنشاء هذه الشركات المختلطة، مساهمة الدولة في تأمين الأنشطة الضرورية للبلاد واتساع الحاجات الأساسية التي يعجز الأفراد عن القيام بها بمفردهم.

وساهمت لاحقا الشركات المختلطة في إنهاض المؤسسات التي تدير المرافق العامة عن طريق الامتياز، ففي العام ١٩٣٣ شاركت الدولة الفرنسية في رأسمال الشركة العامة عبر الأطلسي، وفي إنشاء شركة طيران فرنسا، والشركة الوطنية للسكة الحديد التي يبلغ رأسمالها من الدولة نسبة ٥١ بالمئة، والشركات التي كانت تتولى إدارة مرفق السكة الحديد النسبة المتبقية.

كما شكلت الشركات المختلطة، في الثلاثينات من القرن الماضي، الوسيلة التمهيدية لتأميم الشركات الصانعة للأسلحة لا سيما ماله علاقة بالسلاح الجوي. أفل نجم الشركات المختلطة مع نهاية الحرب العالمية الثانية، إذ أن هذه الحقبة شهدت موجة تأميم للشركات الخاصة، حيث حولت ملكيتها إلى الدولة، وأصبحت تدار بواسطة مؤسسات عامة ذات طابع صناعي وتجاري ككهرباء وغاز فرنسا، أو من قبل هيئات تنتمي إلى الدولة كشركة تصنيع السيارات رينو RENAULT ولم يجد الاقتصاد المختلط مكانه في ظل هذه الحركة الضخمة التي هدفت إلى جعل ملكية الشركات للدولة وحصر إدارة المرافق العامة الاقتصادية لها.[٣]

---

[1] د. سعاد الشرقاوي – المرجع السابق – ص ٢٦٥ .
[2] د. وليد حيدر جابر – التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة – منشورات الحلبي الحقوقية – طبعة ٢٠٠٩ – ص ٤٤٥-٤٤٦ .
[3] د. مروان محي الدين القطب – طرق خصخصة المرافق العامة ، منشورات الحلبي الحقوقية – الطبعة الأولى ٢٠٠٩ – ص ٢٠٠-٢٠١ .

خصائص الشركات ذات الاقتصاد المختلط:

يمكن إجمال خصائص الشركات ذات الاقتصاد المختلط في الخصائص التالية:[١]

١- هيمنة الشخص المعنوي العام:

تخفي الشركة المختلطة في الواقع سيطرة وتفوق للشخص المعنوي العام في داخلها، فالأخير غالبا ما يستحوذ على غالبية الأسهم وفي حال كانت مساهمته بسيطة، فهو يفضل إمتيازات السلطة العامة التي يتمتع بها تبقى له السيطرة سواء في الرقابة أم في الإدارة لهذه الأسباب اقترح بعض الفقهاء ومنهم Rivero اعتبار هذه الشركات كأشخاص معنوية عامة.

فالفقيه Auby مجاريا الفقيه Rivero يعتبر أن الشركة المختلطة ما هي إلا تقنية خاصة لإدارة نشاط الإدارة، فلهذه الشركات الطابع العام، وبالتالي أن نشاطها والوسائل المستخدمة لتحقيقه لا يجب أن يشكل وهما، فالإدارة لا تتغير طبيعتها وإن استعملت تقنيات القانون الخاص.

2- مخالفة القواعد العامة:

هذه الميزة هي الدليل على وجود شركة اقتصاد مختلط فعمل ووظيفة هذه الأخيرة تتجاوز ما هو متبع لدى الشركات التجارية، فالسلطة العامة لا ينبغي أن تكون في وضعية مساوية لباقي المساهمين، هذا ما عبر عنه الفقيهان Laring et Pollet بالقول أننا " لا نستطيع الكلام عن اقتصاد مختلط عندما تكون مساهمة الدولة متصفة بنفس الحقوق والصلاحيات المماثلة للمساهم العادي، فإذا لم تكن مساهمة الدولة في إدارة الشركة المختلطة متفاوتة لمصلحتها بغض النظر عن مساهمتها المالية، فلا تكون أمام اقتصاد مختلط بل مجرد إيداع أو تحويل لأموال.

٣ – صفة التاجر:

إن الإجتهاد والفقه سواء في فرنسا أم في لبنان يجمعان على أن شركات الاقتصاد المختلط، هي من أشخاص القانون الخاص وأن إشتراك الدولة في رأسمالها وإدارتها لا يغير من طبيعتها، ولا يمنع خضوعها لأحكام قانون التجارة خاصة متى كان موضوعها القيام بنشاط تجاري أو صناعي فإذا هي تاجر لكن التساؤل أكبر حول مدى خضوعها لموجبات التجار لا سيما نظام الإفلاس.

---

[١] د. وليد حيدر جابر – المرجع السابق – ص ٤٤٩- ٤٥٣ .

لكن إذا عدنا إلى دور شركة الاقتصاد المختلط نرى أنها مكلفة بإدارة و استثمار مرفق عام، أي خضوعها للمبادئ التي ترعى هذه المرافق ومنها إستمرارية المرفق العام.

٤- المنفعة العامة والتخصص:

إن موضوع وهدف نشاط شركات الاقتصاد المختلط يرتبط بصورة مباشرة أو غير مباشرة بالمصلحة العامة، وهذا ما يبرر تدخل الرأسمال العام أي أشخاص القانون العام. إن مفهوم المنفعة العامة واسع غير أن تحقيق النفع العام، لا ينفي عدم إمكانية تحقيق الربح، فشركة الاقتصاد المختلط ما هي إلا أداة توفيقية بين المصالح الشخصية والمصالح العامة، وانتفاء الربح يعني زوال صفة الاقتصاد المختلط ومنعا من حدوث تداخل في الصلاحيات وبهدف حسن سير المرفق العام، يخضع هذا المفهوم لمبدأ التخصص الذي يعني أن تتقيد الشركة المختلطة بالنشاط الذي وجدت من أجله أو كلفت به دون القيام بأي أعمال لا تتصل بموضوعها.

٥ – مظاهر الامتيازات:

يرتبط نشاط الشركة المختلطة بتحقيق النفع العام بصورة مباشرة أو غير مباشرة، وهذا ما يستنتج في بعض الأحيان تمتعها بمظاهر إمتيازات السلطة العامة، مع الإشارة إلى أن تحقيق النفع العام لا يتطلب بالضرورة إستخدام إمتيازات السلطة العامة، أما التمتع بامتيازات السلطة العامة يعني حتما أننا أمام مهمة ذات منفعة عامة.

لكن أحيانا بدلا من أن يكون تدخل الشخص المعنوي العام ضمانة لحسن سير النشاط إلى جانب مساهمة الرأسمال الخاص، قد تؤدي مشاركته إلى نتائج غير مرضية تمس عمل المرفق أو المشروع العام، وذلك إما بسبب تطبيق قواعد تخرج فيها الشركة المختلطة عن القواعد الخاصة، وإما لاعتماد الروتيني الإداري، أو العجز المالي للشخص المعنوي العام واعتماد سياسة التقشف.

ومن أمثلة نظام الاقتصاد المختلط في مصر قبل قوانين التأميم لسنة ١٩٦١ بنك التسليف الزراعي التعاوني الذي أنشئ سنة ١٩٣١ والبنك الصناعي الذي أنشئ سنة ١٩٣١ والبنك الصناعي الذي أنشئ سنة ١٩٤٧، وشركة الحديد والصلب التي أنشئت سنة ١٩٥٤

وقد عادت المشاركة بين الدولة والأفراد في الشركات إلى الظهور مع سياسة الإنفتاح في بعض الصناعات الهامة مثل الحديد والصلب والبترول و المشروعات العمرانية و السياحية.

ونظرا لإشراك الدولة في رأس مال شركات الاقتصاد المختلط فإنها تبسط عليها رقابة من أجهزتها: فمن ناحية توجد رقابة الجهاز المركزي للمحاسبات الذي يمارس

اختصاصاته بالنسبة للهيئات والشركات العامة والمنشآت التابعة للهيئات، ومن ناحية أخرى تمارس النيابة الإدارية رقابة بمقتضى قانون النيابة الإدارية على الشركات التي تساهم فيها الحكومة أو الهيئات العامة بنسبة لا تقل عن ٢٥ بالمئة من رأسمالها أو التي تضمن لها الدولة حدا أدنى من الأرباح .(١)

وفي الجزائر نميز بين ثلاث مجموعات من شركات الاقتصاد المختلط:

١ ـ الشركات المختلطة الخاضعة للإتفاقيات الدولية:

يمكن إدماج أغلب الشركات المختلطة الاقتصادية المنشأة في إطار الإتفاقيات الدولية ضمن سياسة التعاون جنوب جنوب ورغم حداثة فكرة التعاون جنوب جنوب ، إلا أن السلطة الجزائرية أولتها إهتماما بالغا حيث بلغ عدد الإتفاقيات المبرمة مع الدول النامية ما تقارب ٣٥٧ إتفاقية معظمها تندرج في محور التعاون الاقتصادي، بين الجزائر والدول الإفريقية التي نالت منها حصة الأسد.(٢)

٢ ـ الشركات المختلطة الخاضعة لأحكام القانون ١٣/٨٢:

ينص القانون ١٣/٨٢ على إنشاء شركات مختلطة للإقتصاد مع مؤسسة أو عدة مؤسسات أجنبية و يخضع إنشاء الشركة إلى بروتوكول إتفاق، أين يتم تحديد الشروط المتعلقة برأس المال التأسيسي للشركة وتحديد الشروط المتعلقة بنشاط الشركة ذات الاقتصاد المختلط و بعد الإتفاق على موضوع البروتوكول، يتم صدور قرار وزاري مشترك عن الوزير المشرف على القطاع و غالبا ما يكون الوزير المكلف بالصناعة هو الهيئة الوصية على المؤسسات الاشتراكية بالإضافة إلي وزير المالية و الوزير المكلف بالتخطيط، حيث يتم المصادقة على بروتوكول الإتفاق ويتم بعد ذلك تحرير القانون الأساسي للشركة ذات الاقتصاد المختلط الذي يخضع لقواعد الإشهار المنصوص عليها في القانون التجاري بالنسبة لشركات المساهمة.(٣)

٣ ـ الشركات المختلطة الخاضعة للقانون رقم (١٤/٨٦) المتعلق بالمحروقات السائلة:

بهدف إنعاش الاقتصاد الوطني من خلال قطاع المحروقات الذي يشكل ٩٥% من الإيرادات بالعملة الصعبة و ٥٧% من إيرادات الميزانية، صدر القانون رقم ١٤/٨٦ المؤرخ في ١٩ غشت ١٩٨٦ يتعلق بأعمال التنقيب و البحث عن المحروقات و إستغلالها ونقلها بالأنابيب لغرض إبرام عقود إستغلال النفط مع الشركات الأجنبية، وكانت من نتائجه

---

١ د . سعاد الشرقاوي – المرجع السابق – ص ٢٧٠ – ٢٧١ .
٢ د . عجة الجيلالي – الكامل في القانون الجزائري للاستثمار – دار الخلدونية – الطبعة ٢٠٠٦ – ص ٢٦٥ .
٣ المرجع نفسه - ص ٢٦٩ .

إبرام أكثر من ٣٩ عقد استثماري يمكن تفصيلها كالتالي: ٣٠ عقد للبحث و ٦ عقود للإستكشاف و ٣ عقود للمشاركة في الحقول الموجودة، كما عرفت هذه المرحلة إكتشاف الشريك الأجنبي لأكثر من ٢٢ حقل بترول وغاز، إلا أن ذلك لم يفلح في التخفيف من حدة الأزمة الاقتصادية.[١]

---

[١] د. عجة الجيلالي ـ المرجع السابق ـ ص ٣١٥

المبحث الثاني:

العقد الإداري كوسيلة لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي

إن العقد الإداري يعد من أهم الوسائل التي تتدخل بها الدولة في النشاط الاقتصادي حيث تحافظ على مركزها القانوني العام باعتبارها سلطة عامة، كما يمكنها ذلك من توجيه مواردها بإنشاء مرافق عامة، قد توكل إدارتها إلى الغير عن طريق عقود الامتياز وعقود البوت وتعد بديلا مهما على خصخصة المرافق العامة ولتبيان هذه العناصر سوف نتطرق في دراسة هذا المبحث في المطلب الأول إلى مفهوم العقود الإدارية وذلك بتعريفها و تبيان معيارها المميز وتحديد أهم أنواعها ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى آثار العقود الإدارية فندرس سلطات الإدارة اتجاه المتعاقد معها ثم نتطرق إلى حقوق المتعاقد مع الإدارة.

المطلب الأول:

مفهوم العقد الإداري وأنواعه

إن تحديد مفهوم العقد الإداري يستوجب أولا تعريفه وتحديد معياره المميز كما نتطرق إلى أهم أنواع العقود الإدارية التي تعد وسيلة أساسية لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي.

الفرع الأول:

تعريف العقد الإداري ومعياره المميز

سنتطرق أولا إلى تعريف العقود الإدارية ثم نحدد معيارها المميز

أولاً : تعريف العقد الإداري

يعرف بعض الفقهاء العقد الإداري على أنه هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسيير وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرط أو شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص. [١]

كما يذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن العقد الإداري إذا كان لا يخرج عن كونه عقدا شأنه في ذلك شأن العقد المدني، فهو في جوهره يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين، هو إنشاء التزام أو تعديله إلا أن ذلك لا ينفي ضرورة تمايز العقد الإداري وإنفراده بنظام قانوني مختلف عن ذلك الذي يخضع له العقد المدني وهو ما

[١] د. سعاد الشرقاوي – العقود الإدارية – دار النهضة العربية – طبعة ٢٠٠٣ ـ ص٥.

أوضحته محكمة القضاء الإداري في حكمها: " إن العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنها تكون بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وبين شخص أو شركاء أو جماعة وفي أنها تستهدف مصلحة عامة، لتيسير العمل في مرفق عام، وأن كفتي المتعاقدين فيها غير متكافئة، إذ يجب أن يراعى فيها دائما وقبل كل شيء تغليب الصالح العام على مصلحة الأفراد وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد وعلاقته المتعاقدين في تطبيقه وفي تفسيره وفي إنهائه ".

وقد عرفته المحكمة الإدارية العليا أنه من المقرر أن العقد الإداري هو الذي يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما، يتعاقد بوصفه سلطة عامة وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسيره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو إنتهاج أسلوب القانون العام، فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص.[١]

ولما كان الأفراد في القانون الخاص يسعون لتحقيق مصالحهم الخاصة بحيث يكون لكل شخص كامل الأهلية ومطلق الحرية، في إختيار من يتعاقد معه وفي تحديد موضع التعاقد، طالما أنه غير مخالف للنظام العام، أما الإدارة فإن إستهداف المصلحة العامة يفرض عليها قيودا والتزامات، فهي تتقيد في تعاقدها بقواعد الاختصاص وبمبدأ التخصص، و بأساليب معينة في إختيار من يتعاقد معها وعلى ذلك فإن إنعقاد العقود الإدارية يتميز بالخصائص التالية[٢]:

١- تتقيد الإدارة بقواعد الاختصاص في إبرام العقود، فثمة موظفون مختصون بالتعاقد هم الذين يملكون إعلان إرادة جهة الإدارة المتعاقدة، كما أن التعاقد يمر بمراحل ويجب تحديد السلطة المختصة قانونا في كل مرحلة.

٢- وتتقيد الإدارة بقاعدة التخصص، فالأشخاص المعنوية العامة لا يجوز لها أن تتعاقد إلا بشأن الموضوعات الداخلة في اختصاصها.

٣- وحتى في حدود هذه الموضوعات فإن القوانين و اللوائح تفرض على الإدارة قيوداً تتعلق بمضمون عقودها، فيتعين على الإدارة أن تبرم هذه العقود طبقا لنماذج عامة موحدة وأن تضمنها بعض الشروط، وهي تلك التي تفرضها دفاتر الشروط العامة و المواصفات التي تطبق على كل وزارة أو مصلحة أو على مجموعة منها.

---

[١] د.جابر جاد نصار – الوجيز في العقود الإدارية –دار النهضة العربية طبعة ٢٠٠٠ص ١٠.

[٢] د. محمود عاطف البنا – العقود الإدارية –دار الفكر العربي طبعة ٢٠٠٧ ص ١١٦-١١٧.

٤- لا تتمتع الإدارة بالحرية في إختيار المتعاقد معها، وإنما تفرض القوانين عليها قيودا في هذا الصدد، وتحدد في معظم الأحيان طريقة إختيار المتعاقد بالمناقصة أو المزايدة لضمان إختيار المتعاقد الذي يتقدم بأفضل العروض.

لكن لا تعد كافة العقود عقودا إدارية إذ قد تبرم السلطة الإدارية عقودا تخضع للقانون الخاص وعليه يستوجب البحث في المعيار المميز للعقود الإدارية.

ثانيا: المعيار المميز للعقود الإدارية

قد ينص القانون على تكييف أنواع من العقود واعتبارها عقودا إدارية ولكن يظهر الإشكال متى سكت المشرع عن تكييف العقد. وعليه سنتطرق إلى حالة تحديد العقود الإدارية بنص القانون و المعيار القضائي في تحديد العقود الإدارية.

١- تحديد العقود الإدارية بنص القانون :

لقد نص المشرع الفرنسي لأسباب خاصة على اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في المنازعات المتعلقة ببعض العقود التي تبرمها الإدارة مثل عقود الأشغال العامة، عقود بيع أملاك الدولة عقود القروض العامة، عقود تشغل الدومين العام وقد أطلق الفقهاء على هذه العقود تسمية العقود الإدارية بتحديد القانون، لأن اختصاص القضاء الإداري بتلك العقود لم يكن يستند إلى خصائص ذاتية وإنما إلى إرادة المشرع، ومد مجلس الدولة الفرنسي اختصاصه عن طريق القياس على عقد الأشغال العامة إلى عقود طلب المعاونة والعقود الخاصة بالإضاءة وتوزيع المياه و العقود التي تتعلق بكنس الشوارع ، إستنادا إلى أن تلك العقود تحتوي على عنصر الأشغال العامة.[١]

وفي القانون المصري نجد النص في قوانين مجلس الدولة المتعاقبة على اختصاصه بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد.

ولكن يلاحظ أن مجرد النص على اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الخاصة ببعض العقود، لا يؤدي حتما إلى اعتبار هذه العقود في جميع الحالات عقودا إدارية وإن كان المشرع يفترض الصفة الإدارية عند النص على اختصاص القضاء الإداري.

ولكن هناك بعض العقود التي أدرج المشرع المنازعات المتعلقة بها في اختصاص القضاء الإداري، ما لا يعتبره القضاء من قبيل العقود الإدارية إلا إذا توافرت الخصائص الذاتية للعقود الإدارية، طبقا للمعايير التي يضعها القضاء للعقد الإداري بطبيعته ومن ذلك عقد التوريد، إذ لم يقرر مجلس الدولة في كل من مصر وفرنسا اختصاصه رغم عمومية النص على اختصاص القضاء الإداري بمنازعات عقود التوريد فعقد التوريد لا يعتبر عقدا

١ د. سليمان الطماوي- الأسس العامة في العقود الإدارية – دار الفكر العربي – طبعة ٢٠٠٨ص ٣٨.

إداريا باستمرار، بالنص عليه صراحة في قوانين مجلس الدولة وإنما قد يكون عقدا إداريا أو مدنيا وفقا لخصائصه الذاتية. كما أن من العقود الإدارية بتحديد القانون في فرنسا عقد بيع أملاك الدولة الخاصة العقارية فإن القضاء الإداري الفرنسي وإن اعتبرها من العقود المدنية لكنه يقر باختصاصه بالمنازعات الخاصة بها، ولعل ذلك يرجع إلى تفسير مجلس الدولة الفرنسي الذي نص لأسباب تاريخية أو غيرها على اختصاص القضاء الإداري بمنازعات هذا العقد ومنذ القانون الثالث لمجلس الدولة رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ أصبح اختصاص القضاء الإداري شاملا لجميع العقود الإدارية، ولاشك أن هذا الأسلوب في تحديد الاختصاص يقتضي البحث في المعايير التي تبين متى يعتبر العقد إداريا .[١]

٢- العقود الإدارية وفقا لمعيار عام:

يمكن تعريف العقد الإداري حسب ما يستفاد من أحكام القضاء في مصر وفرنسا بأنه عقد يبرمه شخص معنوي عام بقصد تنظيم مرفق عام أو تسييره أو مستخدما وسائل القانون العام.

وعليه لنكون أمام عقد إداري يلزم توافر ثلاثة عناصر:

أ- أن تكون الإدارة طرفا في العقد.

ب- أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام.

ج- أن تستعمل فيه الإدارة أساليب القانون العام.

أ- أن تكون الإدارة طرفا في العقد:

يتصل أول العناصر في تكوين العقد الإداري بأطرافه، فيجب بالضرورة أن يكون أحد هذه الأطراف شخصا معنويا عاما. وتعبر المحكمة الإدارية العليا عن بديهية هذا الشرط فتقول:" من البديهي أن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال أن يعتبر من العقود الإدارية ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد و الهيئات الخاصة . ولا يمنع بطبيعة الحال أن يكون كلا الطرفين من أشخاص القانون العام المهم أن يكون أحدهما على الأقل شخصا عاما ".[٢]

وتعتبر الإدارة طرفا في العقد سواء أتعاقدت بنفسها أو أنابت عنها جهة إدارية أخرى، وهذا تطبيقا للمبادئ العامة في القانون المدني، وكذلك تجوز الوكالة في العقود الإدارية حيث تستطيع إدارة ما أن توكل غيرها من الإدارات في القيام بالتعاقد.[٣]

---

[١] د. محمود عاطف البنا –المرجع السابق ص٢٦،٢٧.
[٢] د. محمد فؤاد عبد الباسط – العقد الإداري-دار الجامعة الجديدة للنشر -٢٠٠٦-ص٢٧.
[٣] د.محمود خلف الجبوري-العقود الادارية-دار الثقافة للنشر والتوزيع- ٢٠١٠ ص ٣٦ ، ٣٧ .

وبالنسبة للمشروعات الاقتصادية التي تقيمها الدولة وغيرها من أشخاص القانون العام والتي انتقلت إليها ملكيتها عن طريق التأميم، يلاحظ أن المشرع قد أضفى على بعضها وصف المؤسسة العامة، أو الشخصية المعنوية العامة وخاصة تلك التي كانت تختص أساسا بالإشراف على تنفيذ السياسة الاقتصادية العامة في مجالها تاركة ممارسة النشاط الاقتصادي للوحدات التابعة لها وهذه المؤسسات العامة ذات الطابع الاقتصادي تخضع لقواعد القانون العام، وكذلك لقواعد القانون الخاص. (على نحو أوسع من المؤسسات العامة التقليدية) ويجوز لها أن تلجأ إلى إبرام عقود إدارية، أما الوحدات التابعة لها و التي تأخذ شكل الشركات أو الجمعيات التعاونية، وقد استقر الرأي، دون خلاف يذكر، على اعتبارها من أشخاص القانون الخاص: كما أن الشركات والبنوك المؤممة تظل بعد تأميمها من أشخاص القانون الخاص، وعقودها مع الأفراد والهيئات الخاصة ليست عقودا إدارية وهو ما ينطبق على شركات قطاع الأعمال العام (سواء الشركات القابضة أو الشركات التابعة لها) والمنظمة بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١.

والهيئات أو الجمعيات الخاصة ذات النفع العام يقصد بها هيئات من أشخاص القانون الخاص تساهم في تحقيق المصلحة العامة، ويصدر قرار من رئيس الجمهورية يعترف لها بصفة النفع العام ويمنحها لذلك بعض إمتيازات السلطة العامة (كعدم جواز الحجز على أموالها أو بعضها، وعدم جواز تملك أموالها بمضي المدة، وجواز نزع الملكية للمنفعة العامة التي تقوم بها الجمعية). ولما كان لهذه الجمعيات ذات النفع العام أن تتمتع بإمتيازات السلطة العامة التي يحددها قرار جمهوري فإنه يجوز لهذا القرار أن يمنحها سلطة إبرام عقود إدارية باعتبار هذه العقود هي إحدى وسائل القانون العام.(١)

كما أن عقود الأفراد والأشخاص المعنوية الخاصة لا يمكن أن تكون عقودا إدارية، فإن الأمر يعد كذلك حتى ولو كان الشخص المعنوي الخاص يقوم بنشاط يتصل بمرفق عام، وإذا كان قضاء مجلس الدولة الفرنسي في الحكم Monpeurt الصادر في ٣١ يوليو ١٩٤٢، قد إعتبر القرارات التي تصدرها الهيئات الخاصة التي تتولى نشاط متصلا بتنفيذ مرفق عام قرارات إدارية متى أصدرتها هذه الهيئات في نطاق هذا النشاط معتمدة على ما منحها القانون من وسائل السلطة العامة، فإنه لم يمتد بهذا القضاء إلى ما تبرمه هذه الهيئات من عقود.(٢)

ولكن في قضية Peyrot إستشعر مفوض الدولة: أن رغبة المشرع بإنشاء الشركة المذكورة في شكل شركة إقتصاد مختلط، ومنحها الامتياز قد إتجهت إلى وضعها في مركز قريب من مركز الوكيل الذي يعمل لحساب شخص من أشخاص القانون العام على أن محكمة التنازع في تلك القضية قد أقامت ما قررته من أن الشركة صاحبة الامتياز تعمل في

---

١ د. محمود عاطف البنا ــ المرجع السابق ــ ص ٣٢.٣١ .
٢ د.محمد فؤاد عبد الباسط-المرجع السابق ــ ص٣١.

هذه الحالة لحساب الدولة على أساس آخر يعتمد على طبيعة النشاط موضوع العقد، وهو أن نشاط إنشاء الطرق يعود بطبيعتة إلى الدولة appartient par nature à l’Etat أي يدخل بطبيعته في مهام الدولة.

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر، أنه متى إستبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما كان في الحقيقة لحساب الإدارة ومصلحتها، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى ورتبت على ذلك أنه متى كان الثابت أن الشركة (شركة شل) في العقدين موضوع النزاع إنما تعاقدت لحساب ومصلحة الحكومة، فلا نزاع في أن العقدين المذكورين قد أبرما بقصد تسيير مرفق عام وفي أنهما اتبعت فيهما وسائل القانون العام، وأنهما لذلك يكتسبان صفة العقود الإدارية.[١]

ب- اتصال العقد الإداري بمرفق عام:

إن اشتراط اتصال موضوع العقد الإداري بإدارة أو تسيير مرفق عام يرجع إلى النظام القانوني المتميز للعقود الإدارية، والذي يسمح للإدارة بتضمينها شروط غير عادية بالنسبة لما هو مألوف في عقود القانون الخاص، مرده بالتحديد إلى مقتضيات إدارة وتسيير المرافق العامة بانتظام واضطراد.[٢]

والإتصال بالمرفق العام إذا كان بصفة عامة شرطا ضروريا لاعتبار العقد إداريا إلا أنه كقاعدة عامة أيضا ليس شرطا كافيا، إذ يلزم توافر الشروط الأخرى لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، وخاصة مع تطور فكرة المرفق العام نتيجة لتطور وإتساع نشاط الدولة وتزايد تداخلها في الميدان الاقتصادي. وإذا قال البعض بأن فكرة المرفق العام إذا أريد الإحتفاظ بها فإنه لا يمكن أن يكون لها أكثر من دور القرنية البسيطة، والتي تعمل في إتجاهات متعارضة، وأحيانا قرينة على تطبيق القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري، وأحيانا قرنية على العكس، تبعا لما إذا كان الأمر يتعلق بمرفق عام إداري أو بمرفق اقتصادي، بحيث يمكن أن نفترض من حيث الأصل، أن عقود المرافق العامة الإدارية هي عقود إدارية، و أن هذه القرنية تسقط إذا ما تبين إزاء عمل معين أن المرفق الإداري أراد اللجوء إلى أحد أساليب القانون الخاص (أي إبرام عقد مدني) و أن المرفق العام الاقتصادي قد يلجأ إلى أسلوب من أساليب القانون العام.[٣]

وتتعدد صور إتصال العقد بالمرفق العام فقد يتصل العقد بالمرفق العام من حيث تنظيمه أو تسييره أو المعاونة أو المساهمة وهذا ما ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦١/٠٦/٢٦ كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا أن " نشاط العقد

---

١ د.محمود- عاطف البنا-المرجع السابق-ص ٣٦.٣٤.
٢ د.محمد فؤاد عبد الباسط –المرجع السابق –ص ٤١.
٣ د. محمود عاطف البنا –المرجع السابق –ص ٤٢.٤١ .

الإداري .....وإن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة وما تقتضيه من تخليها على مصلحة الأفراد الخاصة.." [١]

وأكثر العقود ارتباطا بنشاط المرفق العام هي عقد الالتزام وما يقترب منه من تراخيص أو عقود استغلال المرفق العام، ويقترب من هذه العقود التي لا تستغرق الخدمة التي يؤديها المرفق وإنما تعهد إلى المتعاقد بالتنفيذ المباشر لمهمة من مهام المرفق العام فالمتعاقد يساهم مباشرة في تنفيذ مهمة المرفق العام بأن يعهد إليه بأداء بعض الخدمات التي يقوم بها المرفق العام، وكذلك العقود التي تكون أسلوبا لتنفيذ المرفق الذي تتولاه السلطة العامة بنفسها. ومثال ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية CONSORTS GRIMOUARD GRIMOURAD أنشأ القانون مرفقا عاما لصيانة وتنمية وإستغلال الغابات، وقرر مجلس الدولة أن " أحد أساليب تنفيذ هذا المرفق يتمثل في عمليات التشجير وإعادة التشجير، التي تقوم بها الإدارة العامة (إدارة المياه والغابات) على أراض مملوكة ملكية خاصة بناء على عقود أبرمتها الإدارة مع الملاك، الذين تبقى هذه الأرض في ملكهم، وتسترد الدولة تكاليف تلك الأعمال من ناتج الاستغلال، و أن تلك العقود لتستمد من موضوعها نفسه، وصف العقود الإدارية.[٢]

ج- استخدام وسائل القانون العام:

لا يكفي أن يكون أحد طرفي العقد جهة إدارية كما لا يكفي اتصال ذلك العقد بمرفق عام وإنما ينبغي بالإضافة إلى ذلك أن تستعمل الإدارة أساليب ووسائل القانون العام، وهي ما تسمى بالشروط غير المألوفة في القانون الخاص وعند البعض تسمى بالشروط الاستثنائية وهذه الشروط متعددة وليست محددة وأمثلتها كثيرة، منها احتفاظ الإدارة في تنفيذ العقد بامتيازات تخرج على مبدأ المساواة بين الطرفين كحقها في إجراء تعديلات على العقد في أي وقت وحقها في فسخه وفي توقيع جزاء على المتعاقد وفي استبعاد العطاءات في المزايدات و المناقصات.[٣]

على أن إيراد شروط استثنائية على النحو المتقدم ليس الدليل الوحيد على الأخذ بأسلوب القانون العام، فقد لا يتضمن العقد أي شروط غير مألوفة، ومع ذلك يستفيد هذا الأسلوب من طبيعة المرفق العام والنظام المقرر لسيره وظروف عمله، أومن درجة الصلة التي ينشئها العقد بين المتعاقد والمرفق، ويعتبر العقد بالتالي إداريا. وهذا ما يذهب إليه القضاء الإداري في مصر وفرنسا وإن كان يتطلب في أكثر أحكامه تضمين العقد شروطا استثنائية. ومثال العقود التي لا تتضمن شروطا استثنائية تلك العقود التي ترد على مهمة

---

[١] د.محمد فؤاد عبد الباسط –المرجع السابق – ص ٤٨ .
[٢] د. محمود عاطف البنا – المرجع السابق – ص ٤٣-٤٤ .
[٣] د.محمود خلف الجبوري – المرجع السابق –ص ٤٥ .

المرفق نفسه أو التي تخول للمتعاقد أن ساهم مباشرة في تسيير المرفق العام مثل عقود الامتياز.[١]

وقد تساءل البعض عن معيار الشروط غير المألوفة هل هي شروط مستحيلة أم غير المشروعة أم غير المعتادة ولوحظ أن فكرة الاستحالة لا تكفي، ذلك لأن الشروط غير المألوفة لا تقتصر على تلك الشروط المستحيلة، فضلا عن أن الاستحالة التي تطرأ على عقد ما لا تلغي الحرية التعاقدية بين الأفراد شديدة الاتساع، كما لا يمكن اعتبارها غير مشروعة لأن الشرط المخالف للنظام العام في القانون الخاص مخالف له كذلك في القانون الإداري ..و فكرة عدم الاعتياد (الشروط غير المعتادة) منتقدة أيضا، ذلك لأن ندرة الشرط في عقود الأفراد لا تجعل وجوده في عقود الإدارة مؤديا إلى خضوع العقد لقواعد القانون العام والواقع فإنه من غير المقبول الخلط بين القواعد الإحصائية والقواعد القانونية.[٢]

الفرع الثاني:

أنواع العقود الإدارية

سنتطرق في هذا الفرع إلى أهم العقود الإدارية مبرزين في ذلك أهمية دور الدولة عند إبرام العقود الإدارية وأثره على توجيه النشاط الاقتصادي.

أولا: عقد التزام المرافق العامة وصوره

إن لعقود الامتياز تاريخ متجذر في القدم أخذ بها الإغريق والرومان وملوك فرنسا قبل الثورة الفرنسية، وازدهرت في القرن التاسع عشر عندما لجأت الدولة إليها لإقامة خطوط السكة الحديدية وتوزيع المياه والغاز والكهرباء وتأمين خدمات النقل،و ساهم في إعتماد عقود الامتياز كطريقة لإدارة المرافق العامة انتشار أفكار التحرر الاقتصادي التي تعطي القطاع الخاص الدور الرائد في المجال الاقتصادي، ولأن الدولة ليس لديها الخبرة الكافية في هذا المجال، وتتجنب إدارة المرافق العامة الاقتصادية بصورة مباشرة بسبب طابعها التقني لذلك تلجأ إلى شخص لديه الخبرة التقنية والوسائل الفنية التي لا تملكها.[٣]

ويعرف الفقه عقد الالتزام "امتياز المرافق العامة " بأنه (عقد إداري يتولى الملتزم فردا كان أو شركة بمقتضاه وعلى مسئوليته، إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز)

---

[١] د. محمود عاطف البنا – المرجع السابق – ص ٤٥ .
[٢] المرجع نفسه – ص ٤٦ .
[٣] مروان محي الدين القطب – طرف خصخصة المرافق العامة-منشورات الحلبي الحقوقية – الطبعة الأولى ٢٠٠٩ – ص ٧٥ .

ويعرف القضاء الإداري عقد الالتزام بقوله...(إن التزام المرافق العامة ليس إلا عقدا إداريا، يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسئوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقا للشروط التي توضع له، بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن، واستيلائه على الأرباح. فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة، وموضوعه إدارة مرفق عام، ولا يكون إلا لمدة محددة و يتحمل الملتزم بنفقات المشروع، وأخطاره المالية، ويتقاضى عوضا في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين ..).

وتعرف محكمة النقض عقد الامتياز بقولها (إن الملتزم بإدارة المرفق العام على ما يفيده نص المادة (٢٢٨) من القانون المدني هو من يربطه بالحكومة عقد التزام يكون الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية لفترة معينة من الزمن).

ويعرف المشرع المصري عقد التزام المرافق العام وذلك في المادة (٢٢٨) من القانون المدني والتي تنص على أن:" التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن"[١]

إن عدم الاستقرار الاقتصادي والنقدي الذي نتج عن الحرب العالمية الأولى أدى إلى اضطراب نظام امتياز المرفق العام الذي يقوم على استثمار رؤوس الأموال، كما أن أفكار التحرر الاقتصادي تراجعت لمصلحة نظرية تدخل الدولة في الاقتصاد، فشهدت الفترة الفاصلة بين الحربين العالميتين تراجع امتياز المرفق العام، ومن أهم مظاهر هذا التراجع تأميم الشركات الخاصة.

لكن الدول عادت بعد الحرب العالمية الثانية إلى إعتماد نظام امتياز المرفق العام، من أجل إعادة إعمار ما هدمته الحرب في الميادين التقليدية المشار إليها، بالإضافة إلى اعتماده في ميادين جديدة لتحسين المناطق وإنشاء الشوارع والأنفاق والجسور.

وتطور نظام امتياز المرفق العام في الوقت الحاضر ليتلاءم مع التطور الذي لحق بمفهوم المرفق العام وليواكب التطورات الاقتصادية والاجتماعية وأهم هذه التطورات:[٢]

١- لم يعد امتياز المرفق العام قاصرا على إدارة المرافق العامة الاقتصادية، بل امتد ليشمل المرافق العامة الإدارية، وفي فرنسا سمح القانون بإدارة المرافق العامة الاستشفائية عن طريق الامتياز.

---

[١] د.أحمد سلامة بدر – لعقود الإدارية وعقود BOT – مكتبة دار النهضة- طبعة ٢٠٠٣ - ص ١٢٣-١٢٤ .

[٢] مروان محي الدين القطب –المرجع السابق –ص ٧٥،٧٦ .

٢- لم يعد صاحب الامتياز محصورا ضمن أفراد القانون الخاص، وإنما يمكن أن يكون من أفراد القانون العام والمثال عن ذلك كهرباء فرنسا وغاز فرنسا، حيث أن صاحب الامتياز مؤسسة عامة، وهي من أفراد القانون العام

٣- لم يعد يواجه صاحب الامتياز الأعباء والمخاطر المالية بمفرده ولكن برز نوع من التضامن المالي بين صاحب الامتياز والسلطة المانحة، وذلك عن طريق مساهمات وضمانات مالية مقدمة من السلطة المانحة، ولكن مقابل مشاركة الأخيرة في الأرباح.

ويمتاز عقد الالتزام المرافق العامة على الراجح فقها وقضاء بأنه يحتوي على نوعين من الشروط:[1]

شروط تعاقدية" Clauses contractuelles" فحكمها قاعدة أن العقد شريعـــــة المتعاقدين " وهي الشروط التي لا تمتد إلى كيفية أداء الخدمة للمنتفعين والتي يمكن الاستغناء عنها لو أن الإدارة تولت استغلال المرفق بنفسها، وشروط لائحية Clauses réglementaires تملك الإدارة تعديلها في كل وقت وفقا لحاجة المرفق العام موضوع الاستغلال، وهي التي تبين كيفيه أداء الخدمة للمنتفعين ومرجع ذلك، كما تقول محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧م إلى أن الدولة "....وهي المكلفة أصلا بإدارة المرافق العامة، فإنها إذا عهدت إلى غيرها أمر القيام بها، لم يخرج الملتزم في إدارته عن أن يكون معاونا لها، ونائبا عنها في أمر هو أخص خصائصها وهذا النوع من الإنابة أو بعبارة أخرى هذه الطريقة غير المباشرة لإدارة المرفق العام، لا تعتبر تنازلا أو تخليا من الدولة عن المرفق العام، بل تظل ضامنة ومسئولة قبل أفراد الشعب عن إدارته واستغلاله، وهي في سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل في شئون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التدخل .....ولذلك فإن عقد الالتزام ينشئ في أهم شقيه مركزا لائحيا يتضمن تخويل الملتزم حقوقا مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله وهذا المركز اللائحي الذي ينشئه الالتزام والذي يتصل بالمرفق العام هو الذي يسود العملية بأسرها، أما المركز التعاقدي فيعتبر تابعا له وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لائحية جديدة تمس الالتزام ...وأنه ولو أن الشروط اللائحية تتقرر باتفاق يبرم بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم، إلا أن هذا الاتفاق ليس عقدا ولا يترتب عليه التزامات دائنية ومديونية، بل هو يقرر قاعدة تنشئ مركزا قانونيا أو لائحيا، فإن حق الدول في تعديل هذا المركز بإرادتها المنفردة من الأمور التي تخرج عن نطاق الجدل ....".

---

[1] د. سليمان الطماوي – المرجع السابق – ص ١٠٧ . ١٠٨ .

أداة منح الامتياز:

نص الدستور الحالي (دستور سنة ١٩٧١) على أن ينظم القانون القواعد والإجراءات الخاصة لمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثورة الطبيعية والمـرافق العامة (المادة١٢٣) وهو ذات النص في دستور سنة ١٩٧٤ ، وكذلك في دستور سنــة ١٩٥٦ (المادة٩٨)، وإذا كان هذا الدستور قد أضاف حكما يتعلق بمنح الاحتكار حيث نص على أنه لا يجوز منح احتكار إلا بقانون وإلى زمن محدود (المادة٩٩) وهو ما يعني وجوب أن يكون منح الالتزام بقانون في كل حالة على حدة عندما يتضمن احتكارا، والجدير بالذكر أن دستور سنة ١٩٢٣ كان ينص على أنه لا يجوز منح الالتزام إلا " بقانون " وسواء كان يتضمن احتكارا أم لا (المادة١٣٧) ويرجع ذلك إلى الأهمية البالغة لعقد الامتياز نظراً إلى أن هذا العقد يحل صاحب الامتياز محل الدولة في عمل من صميم اختصاصها، وهو إدارة وتشغيل مرفق عام، ومسئولية الدولة هي ضمان سير المرفق - حتى في حالة إدارته عن طريق عقد الالتزام ـــ بانتظام وإطراد وعن حسن أداء الخدمة للجمهور وحماية مصالحهم، كما يرجع إلى طول مدة الامتياز نسبيا، وإلى أن بعض شركات الامتياز القوية، لا سيما إذا ما تغلغل فيها العنصر الأجنبي، يمثل خطرا حقيقيا على مصالح الدولة، بل وعلى سيادتها، علاوة على أن منح الامتياز قد يترتب عليه تمتع صاحب الامتياز باحتكار قانون أو فعلي، لكل ذلك ....فقد تضمن دستور ١٩٢٣ النص الصريح على أن " كل التزام موضوعه إستغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور، وكل احتكار لا يجوز منحه إلا بقانون وإلى زمن محدود " وهو ما كان يعني ضرورة إصدار قانون خاص بمنح كل التزام على حدة.

وفي شأن أداة منح الالتزام فهي قرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب، وذلك طبقا لما ينص عليه القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ من أن يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة كذلك، أي تعديل في شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الإتاوة بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة (الشعب). ويكون تعديل ما عدا ذلك من الشروط بقرار من الوزير المختص (المادة١) و بالنسبة لموارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الدفاع يمنح الإمتاز بقرار من الوزير إذا لم تتجاوز مدته خمس سنوات.

والجدير بالملاحظة أن كثيرا من القوانين الخاصة بالالتزامات في مجالات معينة قد جعلت أداة منح الالتزام هي قرار من مجلس الوزراء، بناءا على إقتراح من الوزير المختص.[١]

---

[١] د. محمود عاطف البنا – المرجع السابق – ص ٥٢ : ٥٤

و منها مثلا أن الطرق العامة يخضع تنظيم إنشائها إلي القانون ٨٤ لسنة ١٩٨٤ و الذي حدد الطرق العامة بأنها الطرق السريعة و الرئيسية و الإقليمية، أما إنشاء كل من الطرق الرئيسية و السريعة فيكون بقرار من وزير النقل و يشرف على هذه الطرق المؤسسة المصرية العامة للطرق و الكباري، أما الطرق الإقليمية فتشرف عليها وحدات الإدارة المحلية و أجاز القانون منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين و الأجانب، أشخاصا طبيعيين أو معنويين و ذلك لإنشاء طرق حرة و سريعة و رئيسية و إدارتها و استغلالها و صيانتها و تحصيل مقابل المرور عليها و ذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة و القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية و المرافق العامة و تعديل شروط الامتياز و لا تزيد مدة الالتزام عن ١٠٠ سنة. [١]

كما أنه بصدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ معدلا لبعض أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر أجازت المادة السابعة منه منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين و الأجانب لإنشاء و إدارة و تشغيل و صيانة محطات توليد الكهرباء دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة و القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية و المرافق العامة و تعديل شروط الامتياز و يصدر بمنح الالتزام و تعديل شروطه قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح من وزير الكهرباء و الطاقة و لا تزيد مدة الالتزام عن ١٠٠ سنة. [٢]

و بموجب القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٨٨ المعدل للقانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ في شأن الموانيء المتخصصة أضيفت مادة مستحدثة برقم ٤ مكرر جاء حكمها على النحو التالي:"مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة و المطلقة للدولة على المياه الإقليمية و الأنظمة الخاصة بأمن الموانيء و السفن، يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين و غيرهم أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين في الداخل و الخارج لإنشاء موانىء عامة أو تخصصية أو أرصفة متخصصة في الموانيء القائمة و إدارتها و استغلالها و صيانتها و تحصيل مقابل استخدامها و ذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة و القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية و المرافق العامة و تعديل شروط الامتياز" . و يصدر بمنح الالتزام و تحديد شروطه و تعديلها قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح من الوزير المختص و لا تزيد مدة الالتزام عن ١٠٠ سنة .[٣]

---

[١] د. صلاح الدين فوزي ــ قانون المناقصات و المزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ــ دار النهضة العربية ــ طبعة ٢٠١٢ ــ ص ٢٣٤.
[٢] المرجع نفسه ــ ص ٢٣٧
[٣] المرجع نفسه ــ ص ٢٣٨

حقوق المنتفعين اتجاه الملتزم:

يأخذ التعامل بين المنتفعين والملتزم شكل العقود هذه العقود قد تكون مكتوبة أو شفهية وفي الحالتين يتعين تحقيق المساواة بين المنتفعين، ويشترط بالنسبة للعقود المكتوبة أن تأتي شروطها مطابقة لعقد الالتزام وملحقاته ولأحكام القوانين المتصلة بنشاط المرفق.

وتنص المادة ٢٧١ من القانون المدني على أن :" يكون لتعريفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة، قوة القانون بالنسبة إلى العقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها ويجوز إعادة النظر في هذه القوائم وتعديلها، فإذا عدلت الأسعار المعمول بها وصدق على التعديل، سرت الأسعار الجديدة دون أثر رجعي من الوقت الذي عينه قرار التصديق لسريانها، وما يكون جاريا وقت التعديل من إشتراكات في المرفق العام يسرى عليه هذا التعديل من زيادة أو نقص في الأجور وذلك فيما بقي من المدة بعد التاريخ المعين لسريان الأسعار الجديدة.[١]

وتعد عقود الملتزم مع المنتفعين عقودا مدنية تحكمها روابط القانون الخاص وتختص بنظر المشاكل التي تثيرها المحاكم العادية، وذلك لعدم توافر شروط العقد الإداري في هذه العقود كما أنها لا تنطوي على شروط استثنائية، وتنصب هذه العقود على إنتفاع بخدمة يقدمها المرفق دون المساهمة في تنظيمه وتسييره. وهذا ما كشفت عنه المحكمة الإدارية العليا بقولها "إن نشاط شركة المعمورة للإسكان والتعمير، في قيامها على مرفق التعمير والإنشاءات السياحية بالمعمورة، لا يعتبر من قبيل ممارسة السلطة العامة وبذلك فإن علاقتها بالمنتفعين بهذا المرفق ممن خولتهم حق شغل الكبائن العامة على شاطئ البحر لا تحكمها قرارات إدارية بالترخيص في شغل تلك الكبائن بل تحكمها روابط تعاقدية، نشأت بينها وبينهم، وهي من روابط القانون الخاص، وتخضع لأحكامه ...".

كما ذهب القضاء الإداري إلى أن عقود شركة المعادي للتعمير مع عملائها عقودا مدنية وكذلك الشأن، بالنسبة لشركة المقطم وشركة مصر الجديدة للتعمير. وينطبق نفس الحكم على الخدمات التي تقدمها الدولة للمواطنين بموجب عقود، طالما أن الدولة لا تظهر في هذه العقود بمظهر السلطة العامة، ولا يساهم المتعاقدون مع الدولة بموجب هذه العقود في إدارة المرفق العام أو تنظيمه ومثال هذه العقود: عقد توريد الإنارة، عقود توريد الغاز، عقود التليفون،عقود إيجار المساكن الشعبية ...الخ.[٢]

[١] د. سعاد الشرقاوي – المرجع السابق – ص ٧٤ .
[٢]– المرجع نفسه – ص ٧٤.٧٥ .

ثانياً: عقد الأشغال العامة والعقود المشابهة

يعد عقد الأشغال العامة من أقدم العقود الإدارية التي أرسى القضاء مبادئها وأحكامها ولقد كان للقضاء الإداري الفرنسي دور كبير في وضع الكثير من المبادئ و الأحكام المتعلقة بعقود الأشغال العامة.

يعرف الفقه عقد الأشغال العامة بأنه عبارة عن إتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات ،لحساب شخص معنوي عام وبقصد تحقيق منفعة عامة في نظير المقابل المتفق عليه ووفقا للشروط الواردة بالعقد.

وعرفت محكمة القضاء الإداري عقد الأشغال العامة بقولها :" أن عقد الأشغال هو عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد ".[١]

وإلى جانب عقد الأشغال العامة يوجد عقد التزام الأشغال العامة الذي يتمثل الغرض منه في القيام بالأشغال العامة من بناء أو ترميم، ثم استغلال المتعهد للأشغال العامة التي قام بتنفيذها بمقابل ومن أهم هذه العقود عقود الـــ [٢] B.O.T و [٣] B.O.O.T و M.O.O.T[٤]

وقد صدرت عدة قوانين في مصر تجيز للإدارة منح إمتياز الأشغال العامة مثل:[٥] قانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ المتعلق بإنشاء هيئة كهرباء مصر والقانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ والمعدل بالقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ المتعلق بالطرق العامة والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول.

ويشكك البعض في إضفاء وصف عقد التزام المرافق العامة على هذه العقود إستنادا إلى عدة حجج تتلخص فيما يلي: [٦]

أ- أن المستثمر يتملك أصول المشروع طيلة مدة الاستغلال المتفق عليها، وهو ما لا يحدث في عقود الالتزام التقليدية.

---

[١] د.أحمد سلامة بدر – المرجع السابق – ص ١٣٧ ، ١٣٨ .
[٢] عقود البناء والتشغيل والتحويل .B.O.T
[٣] عقود البناء والتمليك والتشغيل ونقل الملكية .B.O.O.T
[٤] التهديد والتملك والتشغيل ونقل الملكية .M.O.O.T
[٥] د.مصطفى عبد المحسن الحسيني – الوجيز في عقود البوت B . O.T – دار الكتب القانونية – طبعة ٢٠٠٨ – ص ٦٨ ، ٧٣
[٦] د.محمود عاطف البنا – المرجع السابق – ص ٨٢-٨٣ .

ب- أن الحكومة تراقب ولكنها لا تهيمن على تشييد المشروع وإدارته وإستغلاله، أما في التزام المرافق العامة فإن الحكومة هي التي تنشئ عادة- المرفق العام ويقتصر الامتياز على إدارة المشروع وإستغلاله تحت رقابة واسعة أو هيمنة، من جانب الحكومة.

ج- التشكيك في حق الحكومة في تعديل شروط عقود " البوت " أو في إنهائها قبل مدتها،بل والنص أحيانا على خطر هذا التعديل أو الإنهاء نظرا لما يضعه المستثمر في المشروع من استثمارات ضخمة لا يتلاءم معها إعطاء السلطة العامة المتعاقدة حق تعديل شروط العقد وإنهائه.

وهذه الحجج مردود عليها من ناحية لا حجة في القول بملكية المستثمر لأصول المشروع طيلة مدة العقد، إذ هي ملكية لا يظهر أثرها ، فهي ملكية موقوتة وتفتقد العنصر الأساسي في الملكية وهو حق التصرف، نظرا لالتزام المستثمر بنقلها في نهاية مدة العقد إلى السلطة المتعاقدة ومثل هذا الشرط إن وضع في عقود التزام المرافق العام فإنه لا ينال في من وصفه كعقد التزام مرافق عامة، وفي الحالتين فإن المتعاقد يتحمل نفقات المشروع ومخاطره طيلة مدة العقد.

ومن جهة أخرى فإن التزام المرافق العامة إذا كان في الأصل يقتصر على إدارة وتشغيل مرفق عام، إلا أنه كثيرا ما يتضمن أشغالا عامة هي الأشغال اللازمة لتشغيل المرفق وصيانته، بل إنه قد يقترن بأشغال عامة لإنشاء المشروع، وهو ما تحقق في عقود إمتياز قديمة كإمتياز قناة السويس.

كما أن تنظيم سلطة الإدارة في الرقابة و الإشراف على تنفيذ عقد الالتزام، لا يمنع من أن ينص العقد أو القانون على التوسع أو التضييق من هذه الرقابة، دون أن ينفي ذلك صفة العقد كاالتزام مرفق عام.

أما عن التشكيك في حق تعديل شروط العقد والقول لذلك بأن عقود " البوت " هي من عقود القانون الخاص، فقد كان الدافع إليه هو مراعاة متطلبات عقود الاستثمار الكبير التي تبرمها الدولة، خاصة مع شركات أجنبية قد تحجم عن استثمار أموال ضخمة وتحمل مخاطر مشروعات كبيرة إذاكان للدولة المتعاقدة إمتيازات و سلطات استثنائية كحقها في تعديل شروط العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة، وهو قول مردود والواقع أنه لايمكن التسليم بتخلي الدولة عن سلطتها في مثل هذه العقود، التي تبرمها كسلطة عامة بشأن إنشاء وإدارة مشروعات تمثل مرافق وخدمات أساسية، ومن ثم يتعين الإبقاء على سلطات للدولة مانحة الالتزام نزولا عند مقتضيات المصلحة العامة، غاية الأمر أنه يمكن تنظيم حق الدولة في تعديل شروط العقد، وقصر ممارسة هذا الحق على حالة تغيير الظروف، وبشروط معينة ولاغضاضة في ذلك بل أن المعاهدات الدولية ذاتها يمكن المطالبة بتعديلها إذا ما تغيرت

الظروف، ثم أن سلطة الجهة المانحة للالتزام في التعديل في العقود المرافق العامة العادية إنما تتصرف إلى تلك الشروط المعتبرة شروطا لا ئحية والتي تتصل بتنظيم المرفق العام وإنتظام سيره، ولا تمتد إلى الشروط التعاقدية التي تحكم المزايا المالية المتفق عليها في العقد، هذا مع حق الملتزم في التعويض إن كان له مقتضى، كما أن حق الإدارة في إسترداد المرفق قبل نهاية مدته ليس حقا مطلقا حتى في نطاق عقود الالتزام التقليدية، وفي ذلك ينص القانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة وموارد الثروة الطبيعية على أنه يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع إسترداده قبل إنتهاء مدته (م٤)، ومن المسلم أنه يترتب على إسترداد المرفق قبل إنتهاء مدته حق الملتزم في التعويض عما لحقه من خسارة ومافاته من كسب.[١]

و يتميز عقد الالتزام عن الخصخصة و الاقتصاد المختلط و المؤسسات العامة و مشاطرة الاستغلال بمزايا عديدة[٢]:

١. لا يكلف الدولة عبء القيام بإنشآت جديدة ثبت أنها بأساليب الدولة أعلى بكثير من التكاليف عندما يتولاها الأفراد و المؤسسات الخاصة.
٢. لا يحمل الدولة عبء خسائر المشروع، إذ تحصل الدولة على عائد ثابت و يتحمل الملتزم الربح و الخسارة.
٣. يساعد علي ارتياد آفاق جديدة، و بالتالي يمكن أن يعهد الي الملتزمين باستثمار أفكار جديدة و استغلال أراضي و إنشاء مدن ذات طابع مميز.
٤. سيؤدى هذا الأسلوب الي تحريك رؤوس الأموال و استغلال الأراضي غير المستغلة و تشغيل أيد عاملة.
٥. يمكن أن يعهد إلي الملتزمين بإدارة مرافق المياه و الصرف الصحي و الكهرباء دون بيعها لأن بيعها خسارة.
٦. عند نهاية عقد الالتزام فإن الدولة تسترد المرفق خاليا من كل الالتزامات فلا تعد الدولة خلفا خاصا للملتزم . هذا بالإضافة إلي أنها تستلم المنشآت كما هي بعد أن يقوم الملتزم بإهتلاك كافة ما أنفقه و فق محاسبة دقيقة.

---

[١] د . محمود عاطف البنا – المرجع السابق – ص ٨٢ ،٨٣ .

[٢] د . سعاد الشرقاوى – القانون لإداري و تحرير الاقتصاد ـ المرجع السابق – ص ٣٠٤.

المطلب الثاني:

الالتزامات التي تنشأ عن العقود الإدارية

إن العقد الإداري شأنه شأن باقي العقود ينتج حقوقا والتزامات اتجاه المتعاقدين ومع إتصال العقد الإداري بالمرفق العام فإنه يترتب للإدارة سلطات استثنائية وعليه سنتطرق في الفرع الأول إلى التزامات المتعاقد مع الإدارة وسلطات الإدارة في مواجهته وفي الفرع الثاني نتطرق إلى حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة.

الفرع الأول:

التزامات المتعاقد وسلطات الإدارة في مواجهته

يفرض العقد الإداري على طرفيه، شأنه شأن أي عقد التزامات يجب على كل منهما تنفيذها طبقا للقوة الملزمة للعقد إلا أن الإدارة تتمتع بصدد تنفيذ العقد الإداري سلطات واسعة وهذا ما سنتطرق إليه كالأتي:

أولا: التزامات المتعاقد اتجاه الإدارة

إن شخص المتعاقد يكون محل اعتبارفي العقود الإدارية سواء عند إختيار المتعاقد مع الإدارة أو فيما يتعلق بتنفيذ العقد، وذلك نظرا لإتصال العقد بالمرافق العامة والحرص على تلبية إحتياجاتها بانتظام، بالتالي فإن ذلك يستوجب قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه شخصيا حتى لو لم يكن للشخص المتعاقد هذا الاعتبارعند إختياره من جانب الإدارة ولا شك أن إقدام شخص على التعاقد مع الإدارة ثم تخليه عن العقد لغيره يعد نوعا من التلاعب ويترتب على هذه القاعدة نتائج تتمثل في حظر النزول على العقد أو التعاقد من الباطن بغير موافقة الإدارة وجواز فسخ العقد في حالة وفاة المتعاقد أو إفلاسه أو إعساره.(١)

١ ـ التنازل عن العقد من الباطن دون موافقة الإدارة

ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٢٧ يناير ١٩٥٧ بعد أن أكدت مبدأ شخصية التزامات المتعاقد مع الإدارة إستطردت قائلة:" فلا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة، فإذا حصل التنازل عن العقد الإداري بدون موافقة الإدارة، فإن التنازل يعتبر باطلا بطلانا يتعلق بالنظام العام، ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد أو إلغاؤه اعتبارا بأن الخطأ المذكور خطأ جسيم، وكذلك الحال في شأن المتعاقد من الباطن إذ إنه ما

---

(١) د ـ محمود عاطف البنا ـ المرجع السابق ـ ص ٢٧٦ .

لم توافق جهة الإدارة على المتعاقد من الباطن فليس للمتعاقد أن يعهد بتنفيذ الأعمال المطلوبة أو الالتزامات التي ارتبط بها إلى شخص آخر ....".

كما ذهبت محكمة القضاء الإداري كذلك إلى: " أن إقدام المدعي على التعاقد مع الجهة الإدارية، ثم تخليه فعلا عن التزامه وحقوقه للسيد....المحروم من دخول مناقصات الوزارة، يعد من قبيل الغش والتلاعب في نطاق العقد الإداري على الإطلاق ....مما يفسخ به العقد تلقائيا بغير إنذار و مما يبرر حرمان المدعي من دخول المناقصات."[١]

وبالتالي فإنه لا تنشئ أي علاقة بين الإدارة والمتنازل إليه أو المتعاقد من الباطن، ويظل المتعاقد الأصلي هو المسئول أمام الإدارة، إلا أنه متى وافقت الإدارة على التنازل سرى في مواجهتها فيحل المتنازل إليه محل المتعاقد الأصلي في التزاماته، إلا إذا اشترطت الإدارة أو نص القانون على بقاء المتعاقد الأصلي ضامنا للمتعاقد الجديد في التزاماته.

أما التعاقد من الباطن فإنه لا ينشيء علاقة تعاقدية بين الإدارة والمتعاقد الجديد وكل ما يترتب على موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن هو أن يصبح هذا التعاقد مشروعا. [٢]

١ – موت المتعاقد:

تنص المادة ٧٧ من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على جواز فسخ العقد في حالة وفاة المتعاقد مع رد التأمين على النحو التالي:

إذا توفي المتعاقد جاز للجهة الإدارية فسخ العقد مع رد التأمين إذا لم تكن لها مطالبات قبل المتعاقد، أو السماح للورثة بالإستمرار في تنفيذ العقد، بشرط أن ينيبوا عنهم وكيلا بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه وتوافق عليه السلطة المختصة.

"إذا كان العقد مبرما مع أكثر من متعاقد وتوفي أحدهم، فيكون للجهة الإدارية الحق في إنهاء العقد أو مطالبة المتعاقدين بالإستمرار في تنفيذه ".

ويحصل الإنهاء في جميع هذه الحالات بموجب كتاب موصي عليه بعلم الوصول، دون حاجة إلى إتخاذ أية إجراءات أخرى أو اللجوء إلى القضاء "[٣]

٣ – إفلاس أو إعسار المتعاقد:

تنص المادة ٢٤ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أن يفسخ العقد تلقائيا إذا أفلس المتعاقد أو أعسر وفي جميع حالات الفسخ يصبح التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية، كما يكون لها أن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ

---

[١] د. سليمان الطماوي – المرجع السابق – ص ٤٢٠ -٤٢١ .
[٢] المرجع نفسه – ص ٤٢٠ -٤٢١ .
[٣] د. سعاد الشرقاوي – المرجع السابق – ص ٤٤٧ – ٤٤٨ .

مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أي جهة إدارة أخرى، أيا كان سبب الإستحقاق، دون حاجة إلى إتخاذ أية إجراءات قضائية، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه بما لم تتمكن من إستيفائه من حقوق بالطريق الإداري.

ويستفاد من هذه المادة عدة آثار تترتب على الفسخ بسبب الإعسار أو الإفلاس[١]

ا – التأمين : يصبح التأمين النهائي من حق الإدارة المتعاقدة.

ب – الخصم من مستحقات المتعاقد لدى الإدارة: يكون للإدارة في حالة الفسخ أن تخصم أي مستحقات لها على المتعاقد المعسر أو المفلس وهذه المستحقات: تشمل الغرامات وكل خسارة تلحق بها.

ج – الخصم من مستحقات المتعاقد لدى الجهات الإدارية الأخرى غير الجهة المتعاقدة، وهذا الخصم كما حدد القانون جائز دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو إجراءات قضائية.

د - حق الإدارة في إقتضاء حقوقها التي لم تستوف بالطرق السابقة بالطريق الإداري أو يسمى بإمتياز المبادرة.

وإذا استحال على المدين أن ينفذ التزاماته عينا كان مسئولا عن التعويض لعدم الوفاء، ما لم يثبت إن استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ من الغير أو خطأ الدائن نفسه، ويتعين على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه طبقا لأحكام قانون الإثبات ولا انتفاء للمسئولية العقدية إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، إذ يكون التنفيذ العيني ممكنا دائما.[٢]

وتتركز الشروط الواجب توافرها لتحقيق القوة القاهرة المعفية من المسئولية في ثلاثة شروط هي عدم إمكان التوقع و استحالة الدفع، واستحالة تنفيذ الالتزام.[٣]

١ – عدم إمكان التوقع:

يجب أن يكون الحادث المفاجئ الممثل للقوة القاهرة غير ممكن التوقع وذلك ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في حكمها رقم ١١٠٩- ٨(١٩٦٣/١٢/٢٨) بقولها:" فإذا أمكن توقع الحادث حتى ولو استحال دفعه ....لم يكن قوة قاهرة ولا يترتب عليه إعفاء المدين من التزامه، والذي يبين من الإطلاع على عقد الأشغال العامة المبرم بين المدعي

---

١ د. سعاد الشرقاوي – المرجع السابق – ص ٤٤٨ – ٤٤٥ .

٢ د. ماجد راغب الحلو – العقود الإدارية والتحكيم – دار الجامعة الجديدة للنشر – ٢٠٠٤ – ص ١٠٨ .

٣ المرجع نفسه– ص ١٠٩ – ١١١ .

والإدارة المدعي عليها أن العمل يجري في منطقة أثرية، وأنه كان من الأمور المتوقعة عند إبرام العقد توقف العمل فيه لوجود آثار في الموقع.

ويترتب على ذلك أن تدخل مصلحة الآثار وإيقاف العمل كان أمرا متوقعا، ولذلك فلا يعتبر هذا العمل سببا أجنبيا أو قوة قاهرة يترتب عليها أن يتحلل المدعي عليهم من التزاماتهم بتمكين المدعي من المضي في تنفيذ العمل المتفق عليه ..."

٢ ـ استحالة الدفع:

يجب أن يكون الحادث المفاجئ مستحيل الدفع، أي لا يستطيع المدين دفعه، وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم رقم ٦٨٩-٤ (١٩٥٩/١٢/١٢) بأن " عدم وفاء المدين بالتزامه يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، فتحققت القوة القاهرة التي جعلت التنفيذ مستحيلا، وذلك بسبب إصرار الحكومتين الفرنسية و الإيطالية على منع تصدير الأسلحة المتفق عليها إلى الحكومة المصرية، وهذا السبب الأجنبي ليس في إمكان أي شخص في مثل مركز المدين أن يدفعه، بل إن المطعون عليه بعد أن عجز عن الحصول على ترخيص الحكومتين حاول تنفيذ التزامه بوسائل أخرى ... ولكن الحكومة المصرية لم تقبلها وكل ذلك يدل على أنه لم يترك وسيلة ممكنة لتنفيذ التزامه إلا لجأ إليها، ولكن حال دون التنفيذ السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه، أي القوة القاهرة التي تعفيه من المسئولية ".

٣ ـ استحالة تنفيذ الالتزام:

يجب أن يؤدي الحادث المفاجئ إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ويستوي في ذلك أن تكون الاستحالة مادية، كما إذا هلك محل الالتزام أو تكون معنوية كما إذا حظر القانون التعامل في نوعية محل الالتزام، فلا يكفي أن يصبح تنفيذ التزام المتعاقد مع الإدارة مرهقا له لكي يعفى من مسئولية التنفيذ.

أما حجة إخلال الإدارة بالتزاماتها فلا تبرر إمتناعه أو توقفه عن الوفاء بالتزاماته، وإنما تجعل له إن صحت الحق في التعويض. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكم رقم ٧٦٧-١١(١٩٦٩/٧/٥) بأنه " لا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق، بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله، بل يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض من خلالها بالتزاماتها إذا كان لذلك مقتضى ....فلا يسوغ له الإمتناع عن تنفيذ العقد بإدارته المنفردة، و إلا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبي ". فالدفع بعدم التنفيذ ـــ كأصل عام ــ أمر غير جائز في العقود الإدارية بما تتميز به من خصائص و إتصالها بالمرفق العام الذي يجب أن يسير بانتظام وإطراد. وذلك على الرغم من الخطأ أو التقصير الذي قد يقع من جهة الإدارة في تنفيذ أي التزام من التزاماتها

التعاقدية. إلا أنه يجوز لطرفي العقد الإداري عند التعاقد أن يخرجا عن هذا الأصل، مما يسمح للمتعاقد مع الإدارة بالتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وفي هذه الحالة حسب المحكمة الإدارية العليا في حكمها رقم ٧٦-١١ (١٩٧١/١٢/١٨) " لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامات تأخير ما دامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها."

ثانيا: سلطات الإدارة اتجاه المتعاقد

يقصد بهذه السلطات الوسائل القانونية التي تمتلكها الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد، والتي من شأنها أن تجعل ذلك العقد محققا للغرض الذي أبرم من أجله، فالإدارة حينما تتعاقد مع أحد الأفراد يصبح (معاونا) لها لا تتنازل، ولا يجوز لها ذلك عن حقوق وإمتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها كوظائف تمارسها في إطار القانون العام، ومما ينبغي التأكيد عليه قبل كل شيء هو أن الإدارة لها الحق في استعمال سلطاتها المتعددة كلا على انفراد، وعلى نحو مستقل أو بصورة مجتمعة ما لم تكن هناك عقبات عملية في إمكانية جمع هذه السلطات، على أن لا تتعسف في ممارسة هذه القدرة القانونية تجاه المتعاقدين معها، فذلك ما يستدعي مسئوليتها القانونية، كما يؤدي إلى عدم رغبة الأفراد في التعاقد معها، فيتعطل سير المرافق العامة لكونها ليست قادرة في جميع الأحوال على تسيير تلك المرافق لوحدها.[١]

وتتركز حقوق الإدارة تجاه المتعاقد في ثلاث سلطات:

١ – حق الإدارة في الرقابة على المتعاقد أثناء تنفيذ التزامه.

٢ – حق الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد بالنقص أو الزيادة.

٣ – حق الإدارة في توقيع جزاءات مالية وضاغطة وفاسخة.

٤- حق الإدارة في إنهاء العقد دون خطأ من جانب المتعاقد.

١ – حق الإدارة في الرقابة على المتعاقد أثناء تنفيذ التزامه:

للإدارة أن تشرف على تنفيذ العقد فتراقب المتعاقد أثناء تنفيذه للعقد بغية التحقق من أن ذلك التنفيذ يتم وفقا للشروط المحددة بالعقد، وتتخذ سلطة الرقابة من جانب الإدارة صورتان:[٢]

---

[١] د. محمود خلف الجبوري – العقود الإدارية – جامعة بغداد – طبعة ١٩٨٩ – ص ١٠٩.

[٢] د. محمود خلف الجبوري – المرجع السابق – ص ١١٠.

الأولى: الإكتفاء بالرقابة والإشراف على مراحل التنفيذ والتزام المتعاقد بمراعاة شروط العقد.

والثانية: قيام الإدارة بتوجيه أعمال التنفيذ وإختيار طريقة التنفيذ التي تراها مناسبة.

ويحدد القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بنظام التزامات المرافق العامة والمعدلة بمقتضى القانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ والقانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨، حدود سلطة الرقابة بنصها: " لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية، وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها الملتزم لإستغلال المرفق، ويختص هؤلاء المندوبون بدراسة تلك النواحي وتقدم بذلك التقرير لمانح الالتزام، ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية – بناء على إقتراح الوزير مانح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام، أن يعهد إلى ديوان المحاسبة بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية، وأن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة، كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفي وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتولي أمر من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة، وفي هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أو الهيئة أو اللجنة المكلفة بالرقابة دراسة النواحي التي يناط بها رقابتها، وتقديم تقرير بذلك إلى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام.

وعلى الملتزم أن يقدم إلى مندوبي الجهات التي تتولى الرقابة وفقا للأحكام السابقة كل ما قد يطلبون من معلومات أو بيانات أو إحصاءات، كل ذلك دون الإخلال بحق مانح الالتزام في فحص الحسابات أو التفتيش على إدارة المرفق في أي وقت ".[١]

ومع ذلك فسلطة الإدارة في رقابة تنفيذ العقد ليست مطلقة بل تحددها اعتبارات تتمثل فيما يلي: [٢]

١ – وجوب توفير ضمانات للمتعاقد معها ضد تعسفها أو إنحرافها في استعمال السلطة بغية تحقيق أغراض غير متعلقة بالمصلحة العامة.

٢ – لا يجوز للإدارة أيضا أن تؤدي سلطتها في الرقابة إلى التدخل في الأعمال الداخلية للمرفق العام وإلا انقلب أسلوب إدارة ذلك المرفق إلى إستغلال مباشر.

---

[١] د.سليمان الطماوي – المرجع السابق – ص ٤٣٤ – ٤٣٥.
[٢] د. محمود خلف الجبوري – المرجع السابق – ص ١١٠ – ١١١.

٢ ـ حق الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد بالنقص أو الزيادة:

للإدارة على خلاف مبادئ القانون الخاص التي تقتضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، حق تعديل بعض شروط العقد بإرادتها المنفردة ودون الحاجة إلى موافقة الطرف الآخر. خاصة فيما يتعلق بمدى الأداءات المطلوبة زيادة أو نقصا في حدود معينة، وهذا الحق مقرر للإدارة في فرنسا ومصر ولبنان دون حاجة إلى النص عليه صراحة في العقد، بل لا يجوز للإدارة أن تتنازل عنه، وإن كان مدى سلطة التعديل يختلف كذلك من عقد إلى آخر.

غير أن الإدارة يجب أن تكون مدفوعة في التعديل بمقتضيات المصلحة العامة، وأن تستند في إجرائه إلى تغير الظروف التي أدخلت في الاعتبار عند إبرام العقد وذلك لكي لا تتملص من التزاماتها بلا مبرر، ومن ناحية أخرى فإن حق الإدارة في تعديل العقد ليس مطلقا، بل يجب ألا يتجاوز حدودا معينة تتفق و الحكمة من تقريره، وإلا جاز للمتعاقد معها طلب الفسخ، فيجب أولا ألا تصل الإدارة في استخدامها لهذا الحق إلى تعديل نوع العقد أو موضوعه بأن تطلب الإدارة مثلا أن يصبح عقد الالتزام عقد توريد، أو يكون موضوع عقد النقل أشخاصا بدلا من البضائع وأخيرا فإن التعديل يجب ألا يتناول حقوق المتعاقد المالية في العقد وأن يقتصر على الشروط الأخرى المتعلقة بسير المرفق العام.(١)

إلا أن قضاء مجلس الدولة المصري وغالبية الفقه المصري والفرنسي الحديث، لا يشترط هذا الشرط، أي شرط تغير الظروف حتى يتسنى تعديل العقد تعديلا إنفراديا، وذلك تأسيسا على مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير، واستمرار سيرها بانتظام وإطراد، وأنه يستوي أن تكون الإدارة مخطئة أو غير مخطئة في تقديرها لمقتضيات سير المرفق العام، فإنه يجب تمكينها من تنظيم المرفق بالطريقة التي تحقق الصالح العام على أتم وجه وهذا خاصة أن سلطة التعديل لا ينبغي أن تنال من المزايا المالية التي عول المتعاقد عليها عند قبوله العقد، فضلا عن أن استعمال سلطة التعديل لا يعني حرمان المتعاقد من الحصول على قيمة ما يفرض عليه من أعباء إضافية، بل لا يمنع من المطالبة بالتعويض إن كان له وجه.(٢)

كما أن سلطة الإدارة في التعديل يجب أن لا تتجاوز حدودا معينة يعبر عنها الفقه والقضاء بتعبيرات مختلفة، وإن كانت في أغلبها متقاربة من ذلك القول بأنه لا يصح أن تجاوز الأعباء الجديدة التي يفرضها التعديل الحدود الطبيعية المعقولة في نوعها وأهميتها وأن لا تفوق في أهميتها أو نتائجها ما إتفق عليه أصلا في العقد بدرجة كبيرة، أو أن يكون من شأنها أن تقلب العقد رأسا على عقب، بحيث يصبح المتعاقد كأنه أمام عرض

---

١ د. ماجد راغب الحلو – المرجع السابق – ص ١٢٨ – ١٢٩.
٢ د. محمود عاطف البنا – المرجع السابق – ص ٢٣٣ – ٢٣٤.

جديد ....أو أن تؤدي الأعباء الجديدة إلى إرهاق المتعاقد وتجاوز إمكاناته المالية أو الفنية أو الاقتصادية. (١)

٣ – حق الإدارة في توقيع جزاءات مالية وضاغطة وفاسخة:

ذهبت محكمة القضاء الإداري في تفسير الجزاءات الإدارية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٤ نوفمبر ١٩٥٧ بقولها : " إن كل إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة لا يقتصر على أن يكون إخلالا بالتزام تعاقدي فحسب، وإنما فيه أيضا مساس بالمرفق العام الذي يتصل بالعقد وإتصال العقد الإداري بالمرفق العام وضرورة الحرص على حسن سير هذا المرفق بانتظام وإطراد ... يوجب أن تكون الجزاءات ومنها سلطة توقيع الغرامة عند التأخير في التنفيذ ثم سلطة التنفيذ المباشر بأن تحل الإدارة بنفسها محل المتعاقد معها في تنفيذ الالتزامات أ وأن تعهد بتنفيذه إلى شخص آخر ويتم هذا الإجراء على حساب وتحت مسئولية المتعاقد مع الإدارة فيتحمل نتائجه المالية، وثالث هذه الجزاءات حق الإدارة في فسخ أي إلغاء العقد بدون الإلتجاء إلى القضاء، وذلك في حالة تقصير المتعاقد مع الإدارة تقصيرا جسيما ...ومن حيث أن هذه الجزاءات هي ضمانات جرى العرف الإداري على ذكرها في العقود الإدارية، وإن كانت لا تستقيم مع قواعد القانون المدني، ذلك أن جميع الجزاءات التي يقررها القانون المدني من فسخ أو تنفيذ عيني مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى، لا تكفي للحيلولة دون عبث المتعاقد مع جهة الإدارة، وإخلاله بالصالح العام، بل لابد لصيانة الصالح العام والأمن العام من وجود جزاءات رادعة يجرى توقيعها على المتعهد المتخلف أو المقصر دون إتباع أي قواعد أو إجراءات ضيقة أو بطيئة كقواعد القانون المدني، لأن قواعد هذا القانون لا تستقيم مع السرعة والليونة التي يستلزمها حسن سير المرافق العامة، وهذه هي العلة في إنطواء مثل هذه الجزاءات في الواقع على معني العقوبة، بل هي في الواقع عقوبة يجري توقيعها على المتعهد المتخلف بمجرد قيام سببها، وبصرف النظر عن القواعد التي يقررها القانون الخاص ...."(٢)

وبالتالي فإن للإدارة أن توقع بنفسها أغلب الجزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته دون حاجة للإلتجاء إلى القضاء، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي يستثني من ذلك جراء إسقاط الالتزام حيث يجعل توقيعه للقضاء، إلا إذا ورد نص صريح في العقد أو في القانون يسمح للإدارة أن تقرر بنفسها إسقاط الالتزام.

أما مجلس الدولة المصري فإنه يقرر في أحكامه وفتاويه حق الإدارة في إسقاط الالتزام، كحالة إخلال الملتزم إخلالا شديدا بشروط العقد أو عجزه عن تسير المرفق وأداء

---

[1] د . محمود عاطف البنا – المرجع السابق – ص ٢٣٥ – ٢٣٦ .
[2] د . سليمان الطماوي – المرجع السابق – ص ٤٧٥ – ٤٧٦ .

الخدمات المطلوبة، وتخضع سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها لرقابة القضاء الإداري.(١)

كما أقر مجلس الدولة المصري حق الإدارة في توقيع جزاءات لم ينص عليها العقد مثل مصادرة التأمين و جواز الجمع بين مصادرة التأمين والفسخ و التعويض ويمكن إجمال المبادئ التي قررها مجلس الدولة المصري فيما يلي:(٢)

- عدم وجود نص في العقد على جزاءات، لا يجرد الإدارة من حقها في توقيع جزاء على المخالفة أو عدم التنفيذ.

- إن النص على بعض الجزاءات لا يمنع الإدارة من توقيع جزاءات أخرى.

- النص على جزاءات على مخالفات معينة لا يقيد الإدارة في توقيع جزاءات على مخالفات أخرى.

- إذا تم النص على خطأ معين ووضع له جزاء محدد، يجب أن تتقيد الإدارة بهذا الجزاء ولا يجوز لها كقاعدة عامة أن تستبدل به غيره.

ويمكن تصنيف الجزاءات الإدارية كالتالي:

١ ــ **الجزاءات المالية:** وهي عبارة عن مبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد إذا أخل بالتزاماته التعاقدية وتشمل نوعين:

أ ــ **التعويضات:** وهو الجزاء الأصيل للإخلال بالالتزامات التعاقدية وذلك إذا لم ينص على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال ويخضع تقديره لجهة الإدارة وللمتعاقد أن ينازع هذا التقدير أمام القضاء إذا شاء.(٣)

ب - **الغرامات:** وهي مبالغ مالية تقدرها الإدارة مقدما و ينص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين لا سيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ.(٤)

و حسب قانون المناقصات و المزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ تنص المادة ٢٣ على أنه توقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة إلى تنبيه أو انذار أو اتخاذ أي إجراء آخر، و يعفى المتعاقد من الغرامة ، بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته، و للسلطة المختصة ـ عدا هذه الحالة ـ بعد أخذ رأي الإدارة المشار إليها، إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم ينتج عن التأخير ضرر. ولا

---

١ د. محمود عاطف البنا – المرجع السابق – ص ٢٤٧ .
٢ د. سعاد الشرقاوي – المرجع السابق – ص ٤٦٣ .
٣ د. سليمان الطماوي – المرجع السابق – ص ٤٨٧ – ٤٨٨ .
٤ المرجع نفسه – ص ٤٩٠ .

يخل توقيع الغرامة بحق الجهة الإدارية في الرجوع على المتعاقد بكامل التعويض المستحق عليه عما أصابها من أضرار بسبب التأخير.

و في حالة الإدعاء اللجوء بإخلال جهة الإدارة بالتزاماتها الواردة في العقد بخطأ منها، يكون للمتعاقد الحق في للقضاء للمطالبة بتعويضه عما يكون قد لحقه من ضرر نتيجة لذلك، ما لم يتفق الطرفان على التحكيم و فقا للإجراءات المنصوص عليها في القانون

٢ ــ وسائل الضغط:

تستهدف هذه الجزاءات إرغام المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية عن طريق حلول الإدارة محل الملتزم المقصر أو بإحلال غيرها محله، وذلك لأن أول ما يعني الإدارة في هذا المجال هو ضمان تنفيذ العقد ومن ثم فإن وسائل الضغط توجه بصفة خاصة لتحقيق الغاية السالفة التي يستلزمها سير المرفق العام بإنتظام واستمرار وقد إستقر القضاء الإداري المصري على أن هذه الإجراءات لا تتضمن إنهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر بل يظل هذا المتعاقد مسئولا أمام جهة الإدارة وتتم العملية لحسابه وعلى مسئوليته وبهذا المعنى ذهبت المحكمة الإدارية العليا في محكمتها الصادر في يونيو ١٩٦٢ بنصها: " أن الشركة وإن كانت قد توقفت عن التنفيذ بنفسها، إلا أن الوزارة قد قامت بالشراء على حسابها، ومن مقتضى هذا الشراء على حسابها عدم إنهاء الرابطة التعاقدية، و استمرار العقد منتجا لآثاره، واعتباره الشركة هي المسئولة أمام الوزارة عن عملية الشراء، فالشركة ملزمة بدفع غرامات التأخير و المصاريف الإدارية التي تكبدتها الوزارة في عملية الشراء".

وتتخذ وسائل الضغط صورا ثلاثة بالنسبة للعقود الإدارية الرئيسية الثلاث:[١]

(ا) وضع المشروع تحت الحراسة بالنسبة إلى عقد الامتياز.

(ب) حلول الإدارة محل المتعاقد في عقد الأشغال العامة.

(ج) الشراء على حساب المتعاقد في حالة عقود التوريد.

٣ ــ فسخ العقد:

يستهدف هذا الجزاء إنهاء الرابطة التعاقدية، وبالتالي فإنه يفترض أن المتعاقد أخطا خطأ جسيما ولا تلجأ الإدارة إلى هذا الجزاء إلا مضطرة وإن وجدت أنه لا فائدة ترجى من تقويم المتعاقد.[٢]

---

[١] د. سليمان الطماوي – المرجع السابق – ص ٥٠٢ – ٥٠٤.
[٢] المرجع نفسه – ص ٥٢٢.

٤ ــ الجزاءات الجنائية:

يحكم هذا الموضوع الأصل العام والذي يقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءا على نص وبالتالي فإنه لا يجوز للإدارة كقاعدة عامة أن توقع عقوبات جزائية على المتعاقدين معها إلا إذا نصت القوانين و اللوائح على هذه الجزاءات، وتوقيع الإدارة العقوبات الجنائية على المتعاقد المقصر لا بصفتها طرفا في العقد ولكن بصفتها سلطة عامة وأهم مجال لهذا الإستعمال هو سلطة البوليس، ولكن ليس للإدارة أن تستعمل هذه السلطات إستعمالا منحرفا بقصد إجبار المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية، ومن ثم فإنها لا تستطيع مثلا أن تضفي صفة لائحة البوليس على دفتر من دفاتر الشروط، كما أنها لا تستطيع أن تصدر لائحة بوليس لا تستهدف من وراءها إلا إجبار المتعاقد على التنفيذ.[١]

وإذا لجأ المتعاقد إلى الرشوة سواء بنفسه أو بواسطة غيره فإنه يعاقب قضائيا كما يفسح العقد إداريا، وفي جميع الحالات التي يتعرض فيها المتعاقد للعقوبات الجنائية على الإدارة أن تلجأ إلى الطريق المقرر لتوقيع تلك العقوبات فلا توقعها بنفسها إلا إذا كان القانون يسمح بذلك كما أن الجزاء الجنائي مستقل عن سلطة الإدارة المستمدة من العقد.[٢]

٤ ــ حق الإدارة في إنهاء العقد دون خطأ من جانب المتعاقد:

للإدارة حق إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة دون أي خطأ من جانب المتعاقد الآخر، ولا يلزم النص على هذا الحق في العقد، كما يقع باطلا تنازل الإدارة عنه، و للمتعاقد في هذه الحالة الحق في التعويض الكامل عما فاته من كسب وما لحق به من خسارة بسبب إنهاء العقد.

إلا أن إنهاء العقد يجب أن يتم تجاوبا مع مقتضيات المصلحة العامة ومرافق الدولة، ويراقب القضاء الإداري إنحراف السلطة الذي قد يقع من جانب الإدارة في ذلك.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن " للجهة الإدارية حق إنهاء العقود الإدارية التي تبرمها بإرادتها المنفردة إذا قدرت أن الصالح العام يقتضي ذلك، وليس للطرف الآخر المتعاقد معها إلا الحق في التعويض إن كان له وجه، هذا مع ملاحظة أن هذا الحق المخول للجهة الإدارية ليس مطلقا بل مشروط بشرطين.

الأول: أن يقضي الصالح العام أو صالح المرفق إنهاء العقد.

الثاني: أن تتوافر لقرار الإنهاء كافة الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على سلطة تقديرية (لأي لا يكون القرار مشوبا بالإنحراف بالسلطة)".

---

[١] د.سليمان الطماوي ــ المرجع السابق ــ ص ٥٣٥ ــ ٥٣٦ .

[٢] المرجع نفسه ــ ص ٥٣٩ .

وتوجد علاقة كبيرة بين حق تعديل العقد الإداري وحق إنهائه.

فحق الإدارة في تعديل العقد يشمل إنهاؤه قبل الأوان توافقا مع إحتياجات المرفق العام إذا وجدت ظروف تستدعي ذلك، فمن حق الإدارة العدول عن التعاقد وإلغاء العقد بعد إنعقاده وقبل تنفيذه، وذلك إذا قدرت أن هذا الإجراء يقتضيه الصالح العام، فللإدارة العدول عن التعاقد إستنادا إلى اعتبارات المصلحة العامة المتمثلة في تحويل الاعتمادات المالية الخاصة بالمشروع إلى مشروعات أخرى " إلا أنه في مقابل هذا يكون للمتعاقد معها حق التعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب من جراء إستعمال الإدارة لحقها في الإلغاء ".[١]

الفرع الثاني:

حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة

الأصل ألا تختلف حقوق المتعاقد مع الإدارة كثيرا عن الحقوق التي تقررها عقود الأفراد، وذلك لأن المتعاقد بعكس الإدارة، يسعى إلى تحقيق مصالحه الخاصة، ولذا فإنه لا يتمتع – كقاعدة – إلا بالحقوق التي يستمدها من العقد، ولا يستند إلى هدف يتصل بالمرفق العام أو المصلحة العامة حتى يستمد منه حقوقا تجاوز تلك المنصوص عليها في العقد.

إلا أن إتصال العقد بالمرفق العام ينعكس في الواقع على مركز المتعاقد ويضفي عليه طابعا خاصا: فالقضاء يعترف للمتعاقد بحقوق تقابل سلطات الإدارة الخطيرة، كما يعترف له بحقوق بهدف تمكينه من الإستمرار في الوفاء بالتزاماته، وحتى يستطيع المرفق بالتالي الإستمرار في أداء خدماته.[٢]

وتتلخص حقوق المتعاقد فيما يتمتع به من حق الحصول على المقابل المالي للعقد وفي إعادة التوازن المالي، فضلا عن حقوقه في حالة إخلال الإدارة المتعاقدة بالتزاماتهـــا

أولا: الحصول على المقابل المالي

للمتعاقد مع الإدارة حق الحصول على المقابل المتفق عليه في العقد، وتختلف صور هذا المقابل حسب نوع العقد الإداري، فهو الثمن في العقد التوريد و الرسم في عقد الامتياز...الخ والغالب أن يستحق المقابل بعد تقديم الأداء من جانب المتعاقد، إلا أن الإدارة قد تدفع جانبا من هذا المقابل مقدما أو في أثناء التنفيذ، خاصة إذا كان هذا التنفيذ يتطلب كثيرا من النفقات و متسعا من الوقت وذلك لمساعدة المتعاقد معها على أداء التزاماته.[٣]

---

[١] د. ماجد راغب الحلو – المرجع السابق – ص ١٣١ – ١٣٢.
[٢] د. محمود عاطف البنا – المرجع السابق – ص ٢٨٠.
[٣] د. ماجد راغب الحلو – المرجع السابق – ص ١٣٣.

ثانيا: الحق في إعادة التوازن المالي

إن فكرة التوازن المالي للعقد هي من المبادئ الأساسية في نظرية العقد الإداري وهي تقوم إرتباطا وتناسبا بين حقوق المتعاقد والتزاماته، وهي ليست بعيدة عن مجالات القانون المدني إذ تردد في الحالين إلى اعتبارات العدالة، فقد تزيد الأعباء والالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد مع الإدارة فيختل التوازن المالي للعقد إما بفعل الإدارة مباشرة حين تمارس سلطتها في تعديل العقد، وإما نتيجة لإجراءات عامة لا يقصد بها المتعاقد نفسه لكنها تؤثر على التزاماته " المخاطر الإدارية " أو بفعل ظروف إقتصادية خارجية " المخاطر الاقتصادية ". في مثل هذه الأحوال لا ترتكب الإدارة خطأ ما ولكن العدالة وصالح المرفق معا يقضيان بتعويض المتعاقد عما يناله من ضرر، ذلك لأن حق المتعاقد عدالة ألا يتحمل وحده نتيجة ظروف سيئة لا دخل له فيها وأن تعوضه الإدارة حتى ولو لم يكن خطأ من جانبها ومن ناحية أخرى فإن هذا التعويض يستدعيه صالح المرفق العام لأنه يمكن المتعاقد من الوفاء بالتزاماته، ويشجع الأفراد على التعاقد مع الإدارة ويمكن إجمال هذه الحالات في ما يسمى بفعل الأمير و الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته. [1]

١ ـ نظرية عمل الأمير:

عمل الأمير المقصود به في مجال العقود الإدارية هو كل عمل يصدر عن السلطات العامة دون خطأ من جانبها، يترتب عليه آثار مكلفة للمتعاقد مع الإدارة ويؤدي عمل الأمير إلى إلزام الإدارة بتعويض المتعاقد المضرور عن كل الأفعال التي أصابته بهدف إعادة التوازن المالي للعقد. [2]

وقد عرفتها محكمة القضاء الإداري " ....أن المقصود بعبارة فعل الأمير هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد، مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية و هذه الإجراءات التي تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة."

ويشترط أن تكون هناك علاقة تعاقدية مع الدولة حتى يتم الإستناد إلى نظرية عمل الأمير، وكذلك أن يكون العمل الضار صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في حكم.VILLE DELBEUF وحكمVILLE DE TOULON .

[1] د. محمود عاطف البنا – المرجع السابق – ص ٢٩٠ – ٢٩١.
[2] د. سعاد الشرقاوي – المرجع السابق – ص ٥٤٢ – ٥٤٣.

كما يجب أن يترتب على عمل الأمير ضررا للمتعاقد و لا تشترط درجة معينة من الجسامة، ويفترض عمل الأمير أن الإدارة المتعاقدة لم تخطأ حين اتخذت عملها الضار ذلك أن التزام الإدارة بمقتضى العقد لا يمكن أن يقيد تصرفاتها كسلطة عامة تستهدف تحقيق الصالح العام، كما يجب أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع، حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا في رفض إقرار نظرية عمل الأمير لأن زيادة الرسوم الجمركية والضرائب وأجور النقل أو نقصها كان متوقعا عند إبرام العقد و إن لم ينص عليه في الشروط العامة.[١]

وقد أجملت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في مايو سنة ١٩٦١ حيث تقول[٢]...." إذا كانت العلاقة بين الطاعن و الإدارة هي عقد إداري فإن شروط نظرية فعل الأمير التي إستند إليها الطاعن في تقرير أحقيته في التعويض غير متوافرة في حالته ذلك أن شروطها هي:

١ – أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية.

٢ – أن يكون الفعل صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة.

٣ – أن ينشأ عنه ضرر للمتعاقد لا تشترط فيه درجة معينة من الجسامة.

٤ – إفتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطأ حين اتخذت عملها الضار فمسئوليتها عقديه بلا خطأ.

٥ – أن يكون الإجراء الصادر من جهة الإدارة غير متوقع.

٦ – أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه من يمسه القرار العام."

والأثر الأساسي لتطبيق نظرية عمل الأمير هو إعادة التوازن المالي للعقد عن طريق منح المتعاقد تعويضا كاملا عما أصابه من خسارة وما فاته من كسب وقد يترتب عليها آثار أخرى، كإعفاء المتعاقد من التنفيذ إذا أصبح مستحيلا نتيجة لعمل السلطة، أو أن يطلب فسخ العقد إذا زادت أعباؤه بدرجة كبيرة وعدم توقيع غرامة التأخير إذا كان عمل السلطة هو السبب في التأخير، هذا ولا يستحق المتعاقد تعويضا كاملا إذا كان قد ساهم بخطئه في إحداث الضرر، إذ يجب أن يتحمل جزء من الضرر مقابل خطئه.

والتعويض عن عمل الأمير يشمل عنصرين: الأول: ما لحق المتعاقد من خسارة، ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقها وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعاقد ونتائجه، ومثال ذلك إذا طلبت الإدارة سرعة إنجاز الأعمال، فإن

---

[١] د. سليمان الطماوي – المرجع السابق – ص ٦٠٠ – ٦٠٣.
[٢] المرجع نفسه – ص ٦٠٣.

ذلك قد يؤدي إلى زيادة التكاليف على المتعاقد بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة أجور العمال، علاوة على ما يترتب من خسائر متنوعة فيجب التعويض عنها ما دامت علاقة السببية قائمة بينها وبين الإجراء الذي اتخذته الإدارة، والثاني ما فات المتعاقد من كسب اعتبارا بأن من حقه أن يعوض عن ربحه الحلال عن عمله ورأس ماله.

لا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق العام بحجة صدور إجراءات إدارية، سواء كانت ترقى إلى أن ينطبق في شأنها نظرية عمل الأمير أم لا ترقى لذلك يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض إن كان لذلك مقتضى.(١)

٢- نظرية الظروف الطارئة

تعتبر نظرية الظروف الطارئة من النظريات القضائية التي أرسي مجلس الدولة الفرنسي دعائمها، وقد بدأ تطبيق هذه النظرية في قضية غاز بوردو الشهير عام ١٩١٦، فعندما أدت ظروف الحرب العالمية الأولى إلى إرتفاع أسعار الفحم الذي يستخرج منه الغاز إرتفاعا كبيرا، بحيث أصبح تنفيذ عقد الالتزام مرهقا للشركة لدرجة لم تكن في الحسبان، قضى مجلس الدولة بالتزام الإدارة بدفع تعويض مناسب للشركة، ثم اضطردت أحكامه على هذه النظرية.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة رهين بأن " تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف، سواء كانت طبيعية أو إقتصادية أو من جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر، لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد، ولا يملك لها دفعا، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها إقتصاديات العقد إختلالا جسيما، و مؤدي تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في إحتمال نصيب من الخسارة التي لحقت به طوال فترة قيام الظرف الطارئ، وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الإداري وإستدامة لسير المرفق العام الذي يخدمه، ويقتصر دور القاضي الإداري على الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل الالتزامات العقدية.(٢)

وقد أخذ القانون المدني المصري الصادر سنة ١٩٤٨ على إمكان تطبيق نظرية الظروف الطارئة حتى في مجال القانون الخاص فقد نصت المادة ١٤٧ من القانون المدني على أنه:

---

(١) د. محمود عاطف البنا – المرجع السابق – ص ٣٠٠ -٣٠١.
(٢) د. ماجد راغب الحلو – العقود الادارية والتحكيم ...ص ١٤١ – ١٤٢.

١-" العقد شريعة المتعاقدين. فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون .

٢- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة ، لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسائر فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يعدل الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل إتفاق يخالف ذلك ".

وقد أخذ مجلس الدولة المصري بنظرية الظروف الطارئة منذ أن تقرر اختصاصه بالعقود الإدارية ، على أساس أنها من مقتضيات العقود الإدارية طويلة المدى والتي يستغرق تنفيذها زمنا طويلا ، والتي قد يطرأ أثناء تنفيذها ظروف قد تؤدي إلى توقف سير المرفق العام .[١]

وبالتالي فإنه لتطبيق نظرية الظروف الطارئة يشترطها توافر الشروط التالية :[٢]

١- أن تحدث ظروف استثنائية ليس في الوسع توقعها : فيشترط في الظروف أن يكون مما لا يمكن توقعه عادة، ولم يكن في حسبان المتعاقد عند توقيع العقد ولا يمكنه دفعها.

ويجرى التمييز في هذا الشأن بين المخاطر العادية والمخاطر غير العادية ، فالأولى هي المخاطر التي لا تتجاوز ما كان مفروضا في المتعاقدان توقعه عند إبرام العقد ، وهذه يتحملها المتعاقد لأنه كان ينبغي أن يتوقعها ، فإن لم يفعل كان عليه أن يتحمل نتيجة تقصيره، أما المخاطر غير العادية فهي التي تفوق التوقع وتتجاوز الحد المألوف، وهذه يجب أن يؤمن المتعاقد ضدها .

ومن قبيل الظروف الاستثنائية العامة التي تطبق في شأنها النظرية، وقوع حرب، أزمة إقتصادية خطيرة، تخفيض قيمة العملة أو إنخفاضها، وضع تسعيرة رسمية، فرض ضرائب مرتقبة، أو ظروف طبيعية كزلزال أو فيضان غير متوقع...الخ.

٢- أن يكون الظرف لا دخل لإرادة المتعاقد فيه ، فلا تعويض إذا كان الظرف من صنع المتعاقد ، بعمد أو إهماله ، لأنه يتحمل وحده نتيجة عمله أو تقصيره ، وإذا كان المتعاقد تسبب في وقوع الحادث الطارئ جزئيا أو ساهم بخطئه في زيادة أعبائه ، فإن القاضي يراعي ذلك عند تقدير التعويض ويلاحظ أنه كان يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ألا يكون الظرف نتيجة لعمل الإدارة ، إلا أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد تطور في هذا الشأن فأصبح يطبق نظرية الظروف الطارئة لا نظرية عمل الأمير إذا كان

---

[١] د. سعاد الشرقاوي – المرجع السابق – ص ٥١٩ – ٥٢٠ .

[٢] د. محمود عاطف البنا – المرجع السابق – ص ٣٠٣ – ٣٠٥ .

العمل نتيجة لإجراءات عامة تتخذها سلطة عامة غير الجهة الإدارية المتعاقدة ، وذلك كالتشريعات الاقتصادية والضريبية والعمالية والاجتماعية ، وهو ما يأخذ به مجلس الدولة المصري ، خاصة عند عدم توافر شروط أعمال نظرية عمل الأمير ..

أما إذا كان الإختلال نتيجة لإجراء صادر من الإدارة المتعاقدة فإن الذي يطبق هو نظرية عمل الأمير أو المسئولية على أساس الخطأ بحسب الأحوال .

٣- أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب إقتصاديات العقد ، بمعنى أن يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز في حسب منها الخسارة العادية المألوفة التي يتحملها أي متعاقد أثناء التنفيذ، وينظر في ذلك إلى جميع عناصر العقد التي تؤثر في إقتصادية ومنها كامل قيمته ومدته، فيعتبر وحدة واحدة ويكون تقدير قلب إقتصاديات العقد بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها، إذ قد يكون بعض العناصر أو لفترات مجزيا فتحسب العناصر أو الفترات التي تستتبع الخسارة كليا أو جزئيا بحيث لا تتحقق خسارة خالصة أولا تكون خسارة فادحة، فلا تطبق النظرية، أو قد تبقى الخسارة فادحة فيعوض عليها ولكن بعد تحديد حجمها على النحو المتقدم .[١]

ويترتب على إعمال نظرية الظروف الطارئة أن يواصل المتعاقد تنفيذ التزامه ما دام التنفيذ في ذاته ممكنا ولم يتحول الظروف الطارئ إلى قوة قاهرة تحول دون التنفيذ فإذا توقف المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته إستنادا إلى الظرف الطارئ فإنه يتعرض لتوقيع الجزاءات ولا سيما عقوبة غرامات التأخير.[٢]

كما تلتزم الإدارة بمعاونة المتعاقد لإقالته من عثرته التي سببتها الظروف الطارئة ويمكن إرجاع أساس هذا التعويض إلى مجموعة من الأفكار: [٣]

١- التزام المتعاقدين بالتعاون لتنفيذ العقد على أساس حسن النية .

٢- التوازن المالي للعقد، ولا يقصد هنا بالتوازن المالي للعقد التوازن الحسابي ، لأن المتعاقد في حالة الظروف الطارئة يعوض تعويضا جزئيا ، وإنما يقصد به أن يرد الإنقلاب في إقتصاديات العقد إلى الحدود المعقولة ، التي تمكن المتعاقد من الإستمرار في التنفيذ .

٣- إستمرار سير المرفق العام ، حيث أن الإدارة ملتزمة بتوفير المياه والكهرباء والغاز، ومن ثم فإن إرتفاع الأسعار إذا أدى إلى إرهاق المتعاقد معها فمن الواجب معاونته وإقالته من عثرته حفاظا على استمرار سير المرفق العام .

---

[١] د . محمود عاطف البنا – المرجع السابق – ص ٣٠٢ – ٣٠٥ .
[٢] د . سليمان الطماوي – المرجع السابق – ص ٦٦٢ .
[٣] د . سعاد الشرقاوي – المرجع السابق – ص ٥٣١ – ٥٤٠ .

ويدخل في الاعتبار عند تحديد الخسائر جميع النفقات والإيرادات المتولدة عن أوجه النشاط الأصلي والفرعي المتصلة بموضوع العقد فيدخل في الحساب الإيرادات التي يحصل عليها المتعاقد كرسوم إنتفاع من المنتفعين بالمرفق محل التعاقد وأثمان بيع منتجاته أو إيجار المعدات والآلات وكل النفقات التي يتحملها المتعاقد بسبب تنفيذ التزامه كالأجور والنفقات العامة لإدارة المشروع والضرائب والرسوم.(١)

وفي قضاء مجلس الدولة الفرنسي فإن الأرباح السابقة المتحققة قبل بداية الظرف الطارئ والأرباح المستقبلية لا تستنزل من الخسائر، كما ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى عدم إستنزال الأرباح التي قد يحققها المتعاقد في جزء من فترة الظرف الطارئ من الخسائر النهائية لفترة هذا الظرف كلها .

في حين أن القضاء الإداري في مصر ينظر إلى جميع عناصر العقد التي تؤثر في إقتصادياته ومنها كامل قيمته ومدته، إذ تدخل في الاعتبار الأرباح التي تتحقق في بعض فترات العقد عند حساب الخسارة التي يعوض عنها.

وفي تحديد مقدار التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد طبقا لهذه النظرية فإن القضاء الإداري الفرنسي يجري على تحميل الجهة الإدارية المتعاقدة الجزء الأكبر من عبء الخسارة التي تحملها المتعاقد وهو عادة ٩٠ بالمئة من قيمة الخسارة ، وقد تزيد أو تنقص قليلا عن هذه النسبة ، بحسب ظروف العقد ، ويتحمل المتعاقد الباقي ، أما قضاء مجلس الدولة في مصر فإنه يتجه إلى توزيع عبء الخسارة بين المتعاقد و الإدارة مناصفة .(٢)

٣ – نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

من مقتضى هذه النظرية أنه عند تنفيذ العقود الإدارية، وبخاصة عقود الأشغال العامة، قد تظهر صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد ولم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد ، وتجعل التنفيذ أشد وطأة وأكثر كلفة على المتعاقد مع الإدارة ، فيجب التعويض عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد ، زيادة تغطي جميع الأعباء و التكاليف التي تحملها ، فالتعويض هنا كامل عن جميع الأضرار ، ويفترض الإستمرار في التنفيذ .(٣)

ويرجع جانب من الفقه أساس هذه النظرية إلى النية المشتركة للمتعاقدين على أساس أن السعر المتفق عليه في العقد إنما قصد به مواجهة التنفيذ في الظروف المادية العادية، أما الصعوبات غير المتوقعة فيفترض أنهما قصدا أن يقدر مقابلها بطريقة خاصة ويتبين مجلس

---

١ د . محمود عاطف البنا – المرجع السابق – ص ٣٠٩ .
٢ المرجع نفسه – ص ٣٠٩ – ٣١٠ .
٣ المرجع نفسه – ص ٣١١ .

الدولة هذا الأساس في بعض أحكامه، ولكن انتقد هذا التبرير و إعتبر تعسفيا في كثير من الحالات لاسيما إذا لاحظنا أن مجلس الدولة الفرنسي يطبق النظرية رغم إحتواء العقد على شرط صريح بإستبعادها. وذهب الفقيه بيكينو إلى رد هذه النظرية إلى نظرية عمل الأمير وإلى فكرة المسئولية التقصيرية للإدارة ولكن هذا التبرير لا يكفي لمواجهة جميع الفروض إذ كثيرا ما يكون مرجع الصعوبات المادية إلى غير عمل الإدارة. ولهذا فإن الرأي الراجح يعتبر هذه النظرية القضائية وليدة اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، نظرا للعلاقة الوثيقة بين العقود الإدارية والمرافق العامة، تلك العلاقة تجعل من المتعاقد معاونا ومساعدا للإدارة في تسيير تلك المرافق وهذا الرأي الذي رجحه كل من الفقيهين فالين و ديلوبادير .[١]

يشترط لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة توافر الشروط الآتية : [٢]

١- أن يتعلق الأمر بصعوبات مادية وليست معنوية، وذلك كما إذا إكتشف مقاول الأشغال العامة أن التركيب الجيولوجي للأرض التي يتعامل معها لا تتوافق مع الأشغال المراد إجراؤها عليها .

٢- أن تكون هذه الصعوبات استثنائية غير عادية، وليست مجرد صعوبات عادية أو يسيرة يمكن التغلب عليها بسهولة.

٣- أن تكون الصعوبات طارئة لم يكن بالإمكان توقعها عند التعاقد فإذا كان في الوسع توقعها عند إبرام العقد فلا يعتد بها .

وكذلك لا تطبق النظرية إذا اتفق الطرفان على مسئولية المقاول مسئولية كاملة عن جميع الصعوبات المادية التي تصادفه سواء كانت متوقعة أم غير متوقعة مهما ترتب عليها من إرهاق للمقاول ، مادامت لا ترقى إلى مستوى الحوادث الطارئة الموجبة لإلزام الإدارة بتحمل نصيب من الخسارة الفادحة التي تختل بها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما.

٤- أن يترتب عليها زيادة في أعباء المتعاقد مع الإدارة بما يجاوز الأسعار المتفق عليها.

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة كان من واجب المتعاقد مع الإدارة التزامه بالإستمرار في التنفيذ والحق في التعويض على كل ما تحمله من نفقات إضافية لمواجهة تلك الصعوبات ، على أن ذلك لا يحول دون تحمله قيمة ما يكون قد تسبب فيه بخطئه من زيادة في الآثار الضارة للصعوبات المادية غير المتوقعة

---

[١] د. سليمان الطماوي – المرجع السابق – ص ٦٨٨ – ٦٨٩ .

[٢] د . ماجد راغب الحلو – المرجع السابق – ص ١٣٦ – ١٣٨ .

وقد يترتب عليها آثار أخرى ، كطلب فسخ العقد إذا زادت أعباؤه بدرجة كبيرة وعدم توقيع غرامة التأخير إذا كانت تلك الصعوبات هي السبب في تأخير التنفيذ .[١]

وعليه في خلاصة هذا الفصل يمكن القول أن البيع إلى القطاع الخاص ليس الأسلوب الأوحد لإشراك القطاع الخاص في إدارة المشروعات العامة و الإقتصار علي البيع له مساوئ كثيرة منها أن كثرة المعروض ستؤدى إلى البيع بأي ثمن و هذه خسارة كبيرة. فإنه يتعين اللجوء إلى إشراك القطاع الخاص بهذه الأساليب التي تتمثل التزام المرافق العام و التأجير و الترخيص بالاستغلال و مشاطرة الاستغلال في المرافق التي تتفق ظروفها مع هذه الأساليب في الإدارة . كما أن تنويع أساليب تحرير الاقتصاد و عدم الاقتصار علي البيع يؤدى إلى تحقيق نتيجتين إيجابيتين:[٢]

١- إنقاذ الدولة و الاقتصاد معا لأن التمادي في البيع يؤدى إلى إضعاف الدولة و قد حدث هذا في انجلترا، مما يؤدى إلي ضرورة العودة إلى موجة التأميمات.
٢- البيع هو نقل مشروعات قائمة بينما الأساليب الأخرى لإدارة المرافق العامة ستؤدى إلى إنشاء مشروعات جديدة و ارتياد أفاق لم يرتدها آخر من قبل و استثمار أموال و أفكار مختزنة أو معطلة.

---

١ د. محمود عاطف البنا – المرجع السابق – ص ٣١٤ – ٣١٥ .

٢ د . سعاد الشرقاوى – القانون الإداري و تحرير الاقتصاد — دار النهضة العربية – طبعة ١٩٩٤ – ص ٣٧٤ – ٣٧٥ .

الفصل الثاني:

التخطيط والمساعدة العمومية وضبط النشاط الاقتصادي كأساليب لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي

الفصل الثاني:

التخطيط والمساعدة العمومية وضبط النشاط الاقتصادي

كأساليب لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي

يعد تأطير النشاط الاقتصادي من أهم أساليب تدخل الدولة الحديثة في النشاط الاقتصادي و ذلك عن طريق إعداد خطة اقتصادية و إعداد الميزانية العامة و للمساعدة العمومية دور مهم في تحفيز الاستثمار كما أن ضبط النشاط الاقتصادي عن طريق الهيئات الإدارية المستقلة لا يقل أهمية عن سابقاتها و عليه سنتطرق في المبحث الأول إلى التخطيط و المساعدة العمومية و نتطرق في المبحث الثاني إلى ضبط النشاط الاقتصادي الذي كان نتيجة انسحاب الدولة من النشاط الاقتصادي و ذلك لضمان حماية النشاط الاقتصادي و حماية المستهلك .

المبحث الأول:

التخطيط و المساعدة العمومية

كأسلوبين لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي

للتخطيط والمساعدة العمومية أثر مهم على النشاط الاقتصادي وعليه سنتطرق في المطلب الأول إلى التخطيط وفي المطلب الثاني سنتطرق إلى المساعدة العمومية.

المطلب الأول:

التخطيط كأسلوب لتدخل دولة في النشاط الاقتصادي

من المعروف أن الأصل التاريخي لأدوات التخطيط المستخدمة اليوم يكمن في مصدرين أساسيين: التخطيط الشيوعي في روسيا، و التخطيط القومي في الغرب، أما التخطيط الروسي فكان الغرض منه هو تحقيق التوجيه التفصيلي لعمليات الإنتاج التي تجري في المجتمع بأسره، الأمر الذي سهله كون الدولة هي المالكة لكل الجهاز الإنتاجي، وقد قام هذا البرنامج على أساس من الإيمان بأفكار ماركسية مؤداها أن حجم المشروعات سيميل إلى التضخم باستمرار إلى أن يستولي المجتمع عليها ويديرها كما لو كانت مشروعا واحدا ضخما. على أنه في الوقت الذي استولى فيه البلشفيك على الحكم لم يكن لديهم أي نظام مفصل للتخطيط، وكان لابد لهذا النظام من أن يعتمد على ما مر به الاقتصاد من

تجارب بعد الثورة، لكنه أيضا تأثر بتجارب التخطيط أثناء الحرب العالمية الأولى، وخاصة بالتجربة الألمانية.[1]

أما التخطيط القومي في الغرب فقد كان مصدره مختلفا تماما، وهو الرغبة في فهم كيف يعمل الاقتصاد القومي ككل ، وقد تأثر التخطيط في الغرب تأثرا كبيرا بالمفاهيم الإحصائية المتعلقة بالحسابات القومية أو الاجتماعية و بالأفكار و المفاهيم الكنزية مقترنة بتحليل اقتصاديات السوق، وقد تطورت الدراسة من كل هذا إلى أن انتهت بوضع النماذج الاقتصادية الكلية القياسية ، وساد الاعتقاد في الغرب بأن كثيرا من القرارات التفصيلية يمكن بل ويجب أن يترك اتخاذها للمشروعات الفردية ، وأن يقتصر التوجيه الحكومي على استخدام عدد محدود من الأدوات و الواقع أن فترات الحرب ، بما صاحبها من التقنين واشتراط الحصول على تراخيص ونحو ذلك قد زادت من تدخل الدولة.[2]

توجد أربع مراحل يشملها التخطيط الاقتصادي المرحلة الأولى هي وضع الخطة الاقتصادية و المرحلة الثانية تشمل إقرار الخطة و المرحلة الثالثة تنفيذ الخطة و المرحلة الرابعة متابعة الخطة. [3]

أول خطوة تتبع عند وضع الخطة و هي المرحلة الأولى للتخطيط الاقتصادي هي صياغة الأهداف الخاصة بالخطة ووضعها في صورة كمية، وقد تقوم الحكومة بصياغة هذه الأهداف بنفسها أو تترك هذه العملية للقائمين بالتخطيط، وإن كان من الممكن أن تقوم الحكومة بصياغة الأهداف إلا أن عملية ترجمة هذه الأهداف إلى أرقام، أي وضع الأهداف في صورة كمية . تقوم بها دائما هيئة التخطيط، وتتكون هيئة التخطيط من مجموعة من الخبراء و المختصين في ميادين التخصص المختلفة، ويقوم هؤلاء، باستخدام ما يتوفر لديهم من بيانات، بوضع الخطة الاقتصادية، وتقديمها للحكومة للحصول على موافقتها وجدير بالذكر أن هيئة التخطيط تعتبر جهازا استشاريا فقط، فهي لا تملك سلطة تطبيق أو تنفيذ الخطة.

أما المرحلة الثانية فتتضمن إقرار الخطة الموضوعة، وتقوم الحكومة أو البرلمان بمهمة الموافقة على الخطة وإقرارها، وقد تدخل الحكومة أو البرلمان تعديلات عليها ولكن من الملاحظ بصفة عامة أن هذه التعديلات إن وجدت، تكون صغيرة وهامشية إذ من غير الممكن عملا إدخال تعديلات جوهرية على الخطة في هذه المرحلة سواء من جانب الحكومة أو البرلمان لأن هذا يعني الإخلال بالخطة كلها. فالخطة وحدة مترابطة، وأي تعديل أساسي في أي من أجزائها إنما يؤدي إلى الإخلال بترابط الخطة ككل مما يتطلب

---

[1] د. جلال أحمد أمين – التخطيط المركزي – الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي و الاحصاء والتشريع طبعة ١٩٦٧ ص ١٠ .
[2] المرجع نفسه ص١٠-١١
[3] د .كريمة كريم –التخطيط العيني المالي للاقتصاد القومي –دار النهضة العربية – طبعة ١٩٧٨ – ص ٢٨-٣٠

إعادة صياغتها، وفضلا عن ذلك فإن هيئة التخطيط تكون في اتصال دائم بالحكومة أو البرلمان في مرحلة صياغة الخطة ما يمكنها من أخذ اقتراحاتهم ورغباتهم عند إعدادها.

أما المرحلة الثالثة فتشمل تنفيذ الخطة ، وتتحمل الحكومة تنفيذ الخطة بأجهزتها وأقسامها المختلفة، كل في نطاق عمله بتنفيذ الخطة، وفي مرحلة التنفيذ هذه يكون هناك إتصال دائم بين الأجهزة الحكومية المنفذة للخطة وهيئة التخطيط فتدخل تعديلات في مرحلة التنفيذ لتتلاءم مع ما يجد من ظروف في الواقع .

وتأتي في المرحلة الأخيرة متابعة الخطة، وتتطلب متابعة الخطة وجود مجموعة من الخبراء والمحاسبين، بعيدين تماما عن مهمة وضع الخطة وتنفيذها، وتمثل دور هذه المجموعة في تقييم ما تم تنفيذه فعلا لمعرفة سلبيات جوانب القصور في الخطة و إبلاغها إلى هيئة التخطيط، ومن المفروض أن تتم عملية التقييم هذه بصفة دورية وفي فترات زمنية متقاربة نسبيا، أي ربع سنويا، أو نصف سنويا أو سنويا.

أولا: الطبيعة القانونية للخطة

لقد مر الفقه عبر عدة إتجاهات في تكييف الطبيعة القانونية للخطة وذلك كالتالي:[1]

الإتجاه الأول: اعتبر الفقه أن الخطة ذات طبيعة مادية صرفة ولم يعتبرها أبدا من قبيل الأعمال القانونية وحسب هذا الإتجاه حتى وإن كانت الخطة تخضع لتصديق البرلمان، هذا لا يمنحها بالضرورة صفة العمل القانوني، فلا تعد إلا من قبيل التقارير الملحقة بالقوانين التي تعتمدها، هذا بالإضافة إلى عدم دقة أحكام الخطة وعدم وجود الجزاء الذي يترتب على مخالفتها يؤدي بالضرورة إلى استحالة اعتبارها من قبيل الأعمال القانونية.

وقد انتقد هذا الإتجاه على أساس أنه لا تفقد القاعدة القانونية مكانتها بالضرورة ما لم تتضمن على جزاء ، كما أنه من الصعب عدم منح الطبيعة القانونية للمخطط في حين أن دستور ١٩٤٦ و دستور ١٩٥٨ في فرنسا قد كرسا مبدأ التخطيط الاقتصادي و إن كان بطريق غير مباشر ، حيث أن المادة ٢٥ من دستور ١٩٤٦ و المادة ٧٠ من دستور ١٩٥٨ نصتا على أن الخطة تخضع لرأي المجلس الاقتصادي و الاجتماعي فأصبح بذلك للخطة قيمة دستورية منذ ١٩٤٦ و صار القيام بإجراء أو إعمال خطة ملزم دستوريا ، فالدستور لم يمنح السلطة العمومية إمكانية إعمال خطة بل يقع على عاتقها هذا الالتزام، وبذلك لا يمكن القول أن الخطة لا تحمل قيمة قانونية.

الإتجاه الثاني: يرى أنه رغم صحة إجراءات الموافقة على الخطة من طرف البرلمان فلا يمكن إلا اعتبارها عملا ملحقا بقانون، وتدخل البرلمان يجعل الخطة شبيهة بقوانين البرامج

---

[1] jean kerninon – droit public économique-Montchrestien – page 142-144

des lois programmes التي نصت عليها المادة ٣٤ فقرة ٠٦ من دستور ١٩٥٨ ، وتهدف قوانين البرامج إلى تحقيق أهداف محددة عبر مدة زمنية تزيد عن سنة هذه القوانين لا تعطي الحق للسلطة العامة في الإنفاق بل تقرر هذه النفقات سنويا عن طريق الموازنة العامة .

الإتجاه الثالث: ذهب هذا الإتجاه إلى تحديد خصوصيات الخطة واعتبارها من قبيل الأعمال الجماعية ، وتختلف بذلك عن القانون والعقد فلا تعد الخطة قانونا لأنها لا تحمل طابعا إلزاميا، ونجاعتها لا تتحدد في التعبير عن الإرادة المنفردة للسلطة العامة بل حول رضاء من يتولون مراقبة مدى نجاحها.

ولا تعد الخطة من قبيل العقد: لأنه في إطار الخطة فإن إرادة الأطراف تتقارب و لا تتلاقي كما في العقد، فجميع من يساهمون في عمليات الخطة يسيرون في منحا واحد هو تحقيق أهداف و أعمال محددة، وبالتالي فإن اشتراك السلوك l'engagement de comportement أفضل وأدق تعبيرا على اعتبار الخطة عقدا.

الإتجاه الرابع[1]: يذهب أنصار هذا الإتجاه إلى إعطاء الخطة طبيعة قانونية خاصة، فباعتبار القاعدة القانونية هي كل قاعدة تهدف إلى إحداث أثر قانوني معدلة بذلك النظام القانوني القائم و تمتاز بالإلزامية فلا يمكن إعطاء الصفة الآمرة للخطة لأن ذلك يتعارض مع مفهوم التخطيط.

وذهب بعض أنصار هذا الاتجاه إلى الدعوة لإعادة النظر في نظرية القواعد القانونية وترتيبها باعتماد آلية خيال الفقهاء،(l' imagination des juristes)

وانتقد هذا الإتجاه على أن إعتماد الخيال وإعادة النظر في النظرية العامة للقانون لا يمكن أن يكون إلا بعد تحليل طويل، وإن كان إعتماد الخيال قد كانت له آثار إيجابية في بعض الميادين العلمية، و إذا كان إعادة النظر في النظرية العامة للقانون لم تدرس و لم تعتمد بعد، فـــــإنه لا يمكن القول إلا أن الخطة تشمل قواعد قانونيـــــة من طبيعة فريدة (خاصة)(sui generis) أين تتحدد طبيعتها بالآثار التي تنتجها. وهذا ما يقودنا إلى طرح سؤال ما هي النتائج المترتبة باعتبارها تصرف قانوني؟ يذهب أيضا هذا الإتجاه إلى أنه إذا كانت الخطة لا تلزم الأفراد فإنها تلزم الحكومة التي من واجبها تنفيذها باتخاذ كافة الإجراءات و الوسائل اللازمة، ولكن يجب معرفة أن غياب الجزاء و المرونة من ميزة الخطة، و لا يعني غياب الجزاء إنكار الصفة القانونية للخطة، و إلا تم نفي الطبيعة القانونية على بعض قواعد الدستور و القانون الدولي.

---

[1] Piérre Délvolvé – droit public de l économie – dalloz 1998page 345-350.

كما أن مرونة الخطة يعني إمكانية تعديلها في مرحلة التنفيذ شأنها شأن القوانين و التنظيمات، ولا تعني المرونة عدم التزام السلطة العمومية بالخطة ما لم تعتمد أو تعدل.

ويمكن تحديد الطبيعة القانونية للخطة بالنظر إلى طريقة إعدادها واعتمادها.

الخطة عمل إجرائي:

لقد تم التطرق إلى الطابع الاستشاري الذي تتميز به الخطة خلال مرحلة إعدادها و من خلال استشارة الهيئات المتخصصة و الجماعات المحلية وتتابع الإجراءات بمراحل متعددة. و لقد حدد قانون ٢٩ جويلية ١٩٨٢ الفرنسي هذه الإجراءات ويتم إعداد الخطة وفق رزنامة زمنية تسمح بتجميع المعلومات ووضعها للنقاش ووضع تصور للخطة قبل الوصول إلى مرحلة الإعداد النهائي. هذه الإجراءات الشائعة لإعداد الخطة شبيهة ببعض الأعمال التقليدية مثل التصريح بالمنفعة العامة ومخططات شغل الأراضي و التحقيقات التي تسبق إعداد بعض المشاريع أين تتطلب إجراء تحقيق واستطلاع الآراء قبل الوصول إلى قرار نهائي، واحترام هذه الإجراءات و المراحل يعتبر شرط مشروعية هذه الأخيرة، و إذا كان إعداد الخطة الوطنية لا يخضع لأي قاعدة دستورية ويجوز للمشرع أن يقر هذه الأخيرة وإن لم تخضع للإجراءات سابقة الذكر، في حين أن القواعد التي قررها المشرع الفرنسي لإعداد المخططات الجهوية فإنه يلزم على هذه الهيئات المحلية أن تحترم هذه الإجراءات و إلا خضعت لرقابة قاضي تجاوز السلطة. وهذا يعد دليلا على أن الخطة تحمل صفة قانونية وإذا كان الجزاء غير موجود فذلك يرجع إلى تخلي المشرع عن الرقابة على إعداد الخطة و هذا لا يرجع إلى غياب الطبيعة القانونية للخطة بل لتخلي السلطة التشريعية عن أعمال رقابتها. والتخلي عن استعمال القاعدة القانونية لا يعني عدم وجودها، وتظهر أهمية الطابع الإجرائي كذلك أثناء مرحلة تنفيذ الخطة. ويمكن أن نلاحظ أن الإجراءات لا ترتبط بالخطة في حد ذاتها بل بالطبيعة القانونية للأعمال المنفذة لها فمثلا: عقود تنفيذ الخطة تنتمي لطائفة العقود الإدارية أكثر من ارتباطها بالخطة و في كل الأحوال فإن الإجراءات تعد طابعا مميزا للخطة سواء في مرحلة الإعداد أو الاعتماد أو التنفيذ وهو عنصر كاف لتحديد الطابع القانوني.

الخطة عمل جماعي:

عند التحدث عن الجماعية فلا يقصد بها أثر الخطة على مجموعة أفراد المجتمع مثل ما تحدثه بعض القرارات الإدارية، بل يقصد ارتباط الطبيعة الجماعية بمرحلة إعداد الخطة.

صحيح أن الخطة تنتهي بقرار صادر عن جهاز معين البرلمان من أجل الخطة الوطنية، و قرار المجلس الجهوي بالنسبة للخطة المحلية، وهذا الأخير يعد تعبيرا عن إرادة الدولة أو الجماعة المحلية.

وما يمكن ملاحظته هو أن القانون الصادر عن البرلمان أو القرار الصادر عن مجلس الجماعة المحلية ما هو تصديق على الخطة المرفقة، وذلك مثلما يصادق البرلمان على المعاهدة دون أن يكون الطرف الذي أبرمها أو المداولة التي تجيز إبرام العقد دون أن يكون المجلس المحلي طرفا فيه، وكذلك الخطة تعتمد بموجب قانون دون أن تكون قانونا أو بموجب مداولة " قرار إداري " دون أن تكون القرار الإداري ذاته.

فموافقة البرلمان أو المجلس المحلي الهدف منه الموافقة على برنامج عد خارج إطار اختصاصه، ويعد النقطة النهائية التي تنتهي فيها مرحلة الإعداد و التي تتميز بمساهمة مجموعة من الهيئات التي تبدي رأيها في الموضوع، وتعدد الهيئات و الجهات المساهمة في إعداد الخطة واعتمادها انتهاء بتنفيذها يجعل من الخطة عملا جماعيا.

الخطة عمل غير مباشر:

ويمكن اعتبار الخطة عمل غير مباشر وذلك من خلال النقطتين التاليتين:

١ – إن الخطة لا تغير في النظام القانوني القائم فهي لا تنشئ التزامات ولا حقوقا، وقد أكد ذلك المجلس الدستوري الفرنسي في قرار الصادر بتاريخ ٢٧ جويلية ١٩٨٢ في تعليقه على قانون إصلاح التخطيط ،وذلك حول مدى قيمة الخطة الصادرة بموجب قانون حيث ذهب المجلس الدستوري إلى القول " أن الخطة ذات طابع إرشادي ولا تنشئ أي التزام على عاتق أجهزة السلطات العمومية المختصة ".

ولا يمكن أن يكون مضمون الخطة محل تأسيس طلب قضائي وفي ذلك ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قرار ٥ ديسمبر ١٩٨٤ جاء فيه ".....أن طلب إلغاء مرسوم ٦ ماي ١٩٨٣ لأنه لم يدرج شرق مقاطعة بورن ضمن قائمة المنطقة التي ستستفيد من منحة التخطيط الوطني التي ستمنح لبعض الشركات الصناعية، فإن تأسيس الطلب على مخالفة تعليمات المخطط الإستثنائي ١٩٨٢، ١٩٨٣ يعد طلبا غير مؤسس مخالفا للقانون ".

وعليه فإن الخطة تملك قيمة إلزامية أقل من التوجيهات مادام أن هذه الأخيرة يمكن الإحتجاج بها وعلى الأقل التأكد من عدم وجود أسباب شخصية لإستبعادها، لكنه يمكن الإستعانة بالخطة وتعليمات مراقبة مدى مشروعية أدوات التنفيذ، وهذا ما ذهب إليه مجموعة من أعضاء مجلس الدولة حيث ذهبت إلى أن الخطة و إن كانت لا تحمل آثار قانونية مباشرة لكنها تحدد توجيهات و معايير أين تكون كمرجع للعمل الإداري اللاحق.

وهذا ما يؤدي إلى ظهور نظام قانوني جديد لا ينتمي إلى النظام التقليدي و الذي يحتمل أن يكون يوما ما مصدرا من مصادر المشروعية في الميدان الاقتصادي.

٣- أنه لا يتم تفعيل الخطة إلا بواسطة إجراءات التنفيذ ويمكن للخطة أن تتنبأ بأساليب التنفيذ بطريقة محددة أو أقل تحديدا، و لا تنفذ الخطة إلا عن طريق القرارات اللاحقة و الموافقة للبرنامج، فمثلا في الميدان المالي لا يكون سوى للسلطات المحددة في قانون المالية أو المقيدة في ميزانية الهيئة المحلية أن تسمح بالأمر بصرف المبالغ الموافقة للاستثمارات المتوقعة بموجب الخطة لكن إجراءات التنفيذ لا تفهم إلا عن طريق الخطة التي تعلنها و تنضمها و هذا ما يعطي للخطة قيمة إلزامية.

الخطة عمل وسطي:

تتميز الخطة بأنه ليس لها نجاعة قانونية إلا عن طريق وسائل أخرى كما أن قيمتها الإلزامية تفوق مرتبة الأمنية ولكن ليس لها الصفة الآمرة وقد عبر عن الخطة بالحماس الملزم"l'ardente obligation" وهذه العبارة إستعملها الجنرال ديغول، كما سميت بالحماس الطموح "l'ardente ambition" وذلك في نص الخطة الخامسة، لكن هذه التعابير لا تحمل أي قيمة قانونية و لا تعد سوى تعابير بليغة تحمل القول على أن الخطة يجب أن تتجسد عن طريق جهد للحصول على نتيجة، لكن هذا الجهد غير إلزامي و النتيجة غير ملزمة التحقيق، ولكن مع ذلك لا يمكن اعتبار عملية إعداد الخطة من قبيل العبث و الإحتمال غير المرتكز على الواقع، ومن هذا تسعى السلطة العامة إلى تطبيق الخطة بعد إعتمادها فتحدد بذلك الإتجاهات و الوسائل و يمكن تغيير الإتجاه كما قد لا تكفي الوسائل لتجسيدها.

لكن عملية إعتماد الخطة من طرف البرلمان تعد توضيح لهذه الإتجاهات و الوسائل و بالتالي تعد الخطة من قبيل الأعمال القانونية.

ثانيا: التخطيط في النظم الرأسمالية

إن التخطيط في ظل الرأسمالية لا يلغي الجوانب الرئيسية مثل المشروع الخاص و الملكية الفردية، وعلاوة على ذلك فإن التخطيط الاقتصادي في ظل الرأسمالية لا يتم عن طريق التوجيه، ولكن عن طريق السوق، أي من خلال جهاز الثمن والتخطيط اللامركزي في ظل الرأسمالية هو محاولة الدولة تصحيح بعض الإتجاهات الضارة بالنشاط الاقتصادي،

والغرض النهائي من ذلك هو الحفاظ على عمالة كاملة دون ظهور آثار التضخم ولتحقيق هذا الغرض، تعمد الحكومة إلى إيجاد جهاز قادر على مراقبة الموقف الاقتصادي

بصفة مستمرة، فإذا ظهر على الموقف الاقتصادي بوادر التضخم، فإن الحكومة تتخذ من الإجراءات ما يكفل الحد من الموجات التضخمية قبل أن يصل الأمر إلى حد ينذر بالخطر.

ففي حالة ما إذا كان النشاط الاقتصادي يعاني من الكساد، فإن التخطيط اللامركزي في ظل الرأسمالية يرمي إلى إنتشاله من تأثير هذا الكساد عن طريق نوعين من الإجراءات هما [1] العمل على زيادة الإستهلاك لجموع الشعب وذلك لتوفير الطلب الكلي المناسب لتحقيق التوظيف الكامل، ويتم ذلك عن طريـــق:

ا- إعادة توزيع الدخل:

لاشك أن إعادة توزيع الدخل لصالح ذوي الدخول الدنيا يؤدي إلى زيادة الإنفاق الاستهلاكي، لأن ميل هذه الفئات للاستهلاك أكبر من ميل الأفراد في فئات الدخل العليا، ويمكن تحقيق ذلك بالعمل على زيادة إنتاجية الأفراد في فئات الدخل الدنيا، وزيادة القوة الشرائية للمجموعات ذات الدخول المنخفضة، عن طريق تقديم الإعانات وخفض تكاليف المعيشة بتخفيض أسعار السلع الضرورية، وتحويل جانب من القوة الشرائية من أصحاب الدخول العليا إلى أصحاب الدخول الدنيا بفرض الضرائب التصاعدية على الدخول والتركات، أو زيادة درجة التصاعد في هذه الضرائب بالنسبة للشرائح العليا، وتحويل إيراداتها في شكل إنفاقات رفاهية (أي لأداء خدمات صحية وثقافية وإجتماعية و إسكان وغير ذلك لصالح الطبقات في فئات الدخول الدنيا.).

ب- سياسة الأجور:

تهدف سياسة الأجور إلى زيادة معدل الإستهلاك خاصة بالنسبة للمجموعات العامة من ذوي الدخول المنخفضة، وذلك بالحيلولة دون إنخفاض مستوى أجور هذه الفئات.

ج – الضمان الاجتماعي:

من شأن الضمان الاجتماعي الشامل أن يحقق إستقرار في مستويات الإستهلاك في وقت الكساد عندما تنخفض الاستثمارات و يهبط مستوى العمالة، مما يكون له أثره في الحد من الإنفاق الإستهلاكي.

د – تقديم تسهيلات إئتمانية للمستهلكين لشراء السلع الإستهلاكية المعمرة:

ويتم ذلك عن طريق العمل على الإستزادة من الاستثمارات في القطاع الخاص، ويمكن تحقيق ذلك بالخطوات الآتية:

---

[1] د.علي الشريف – الإدارة العامة – دار النهضة العربية – الطبعة الثانية – ص ٣٤٩ ، ٣٥٢

- تخفيض الضرائب عن طريق إعفاءات ضريبية معينة لتجميع استثمارات رؤوس الأموال الخاصة وتنشيط الإتجاه نحو التوسع في المشروعات.

- التوسع في العرض النقدي وخفض معدل الفائدة لتشجيع القطاع الخاص على أن يزيد من الاستثمارات.

- العمل على إستقرار أسعار الإنتاج و الإستهلاك ودعمها بما يؤدي إلى تأمين إحتمالات المستقبل بالنسبة للمستثمرين.

تلك هي أهم الخطوات التي يتطلب التخطيط اللامركزي إتخاذها من جانب الحكومة في أوقات الكساد أو الهبوط في مستوى النشاط الاقتصادي.

أما في أوقات التضخم فإن التخطيط اللامركزي يتطلب من الحكومة أن تتخذ إجراءات لتقييد الحد من الموجات التضخمية أهمها:

١- تخفيض الإستهلاك:

إن هذا التخفيض يمكن من إمتصاص القوة الشرائية الإضافية وتقييد الإستهلاك بفرض الضرائب أو زيادة معدلاتها على السلع الترفيهية و السلع الكمالية، وكذا بزيادة المدخرات الإختيارية و اللجوء الإجباري لذلك إذا لزم الأمر.

٢ – الحد من الاستثمار الخاص:

في الوقت الذي تكون فيه الموارد في حالة توظف كامل، فإن من شأن أية استثمارات إضافية أن تحدث ندرة في الموارد، مما يؤدي إلى رفع الأسعار وزيادة حدة التضخم، لذا يجب العمل على الحد منها إلى أدنى حد ممكن برفع سعر الفائدة وزيادة معدلات الضرائب التي تنصب على النشاط الإنتاجي بصفة خاصة.

٣ – تخفيض الإنفاق الحكومي

وذلك بالحد من المصروفات غير الضرورية، وإستخدام فائض الميزانية إن أمكن تحقيقه لسداد جانب مما إقترضته الحكومة من البنك المركزي و البنوك التجارية في وقت الكساد.

ثالثا: الموازنة العامة

وتعد الموازنة العامة خطة تتضمن تقدير نفقات الدولة و إيراداتها خلال فترة قادمة، غالبا سنة، ويتم هذا التقدير في ضوء الأهداف التي تسعى السلطة السياسية إلى تحقيقها[١] ويقوم قانون الميزانية على مبادئ ثابتة، وهي تكمل بعضها البعض وهي مرتبطة فيما بينها، وتهدف بالأساس إلى جعل الترخيص البرلماني ترخيصا فعالا، فمن ناحية نجد مبدأ زمنيا كون الميزانية أو المعبر عنها بالترخيص البرلماني محددا في السنة المدنية و هذا ما يعرف بمبدأ السنوية، ونجد مبادئ تعالج شكل الميزانية لمبدأ الوحدة و الشمولية و مبادئ تخص محتوى هذه الميزانية كمبدأ التخصيص على مبالغ الإنفاق ومبدأ توازن الميزانية غير أن المشرع الفرنسي ومنذ أن ألغي مرسوم ٢ جانفي ١٩٥٢ المتضمن القانون التنظيمي لقوانين المالية وجاء مكانه قانون تنظيمي جديد بتاريخ ١ أوت ٢٠٠١ أدرج مبدأ سادسا يهتم بحسابات الميزانية والمتمثل في مبدأ صدق الميزانية و سنتطرق لذلك حسب التفصيل التالي:[٢]

١ ـ المبادئ المتعلقة بشكل الميزانية:

و تتركز هذه المبادئ في مبدأ وحدة الميزانية و مبدأ شمولية الميزانية

ا ــ مبدأ وحدة الميزانية:

يعني مبدأ وحدة الميزانية أن كل إيرادات و نفقات كل المصالح التابعة لجماعة عمومية و خاصة الدولة تكون محتواة في وثيقة واحدة، التي هي نفسها التي تعرض على السلطة التشريعية للتصويت، مما يعطي نظرة حقيقية عن الوضعية المالية ما دامت إجراءات و نفقات مدرجة في وثيقة واحدة.

كما يمكن ذلك البرلمان أن يبت في النفقات المقترحة من الحكومة حسب ترتيب الأولوية.

ب ــ مبدأ الشمولية:

لأنه لا يمكن تخصيص أي إيراد لتغطية نفقة خاصة، حيث تستعمل موارد الدولة لتغطية نفقات الميزانية العامة لدولة بلا تمييز، غير أنه يمكن أن ينص قانون المالية على بعض الإستثناءات و تأخذ هذه الإستثناءات الأشكال التالية:

---

[١] د . طاهر الجنابي – علم المالية العامة والتشريع المالي – جامعة بغداد – ص ١٠٢

[٢] د . دنيدي يحيي – المالية العامة – دار الخلدونية – طبعة ٢٠١٠ – ص ٦٥ ، ٨٠ .

ـ الميزانيات الملحقة: و هي الميزانية التي تمنح لمصالح الدولة التي تقوم بعمليات مالية لتغطية نشاطات، تهدف أساسا لإنتاج أشياء أو تقديم خدمات تتحصل من خلالها عن دفع الثمن يمكن أن تكون لها ميزانيات ملحقة.

ـ الحسابات الخاصة بالخزينة: وهي حسابات مؤقتة لصندوق الخزينة و لا يعتبر نفقات و لا إيرادات حقيقية و هي:

- الحسابات التجارية تخصص لتسوية العملية التجارية للمصالح العمومية.

- حسابات التخصيص الخاص تستحدث بموجب قانون المالية تمول بإيرادات خاصة.

- حسابات القروض: ويدرج فيها القروض الممنوحة من طرف الدولة في حدود الاعتمادات الممنوحة لهذا الغرض.

- حسابات التسوية مع الحكومات الأجنبية.

- الإجراءات المحاسبية ضمن الميزانية العامة التي تسري على الأموال المخصصة للمساهمات و استعادة الاعتمادات.

٢ ـ المبادئ المتعلقة بمدة الميزانية:

إن مبدأ سنوية الميزانية يعبر عن المدة التي من أجلها تعطى الرخصة لإستعمال الأموال العمومية، غير أن هناك أراء فقهية كرأي الأستاذين Trotalas Louis و Jean Louis Cotteret اللذين يريان أن مدة رخصة الميزانية لا تستلزم بالضرورة السنة المدنية، لأن الأسباب التي تتحكم في تعريف سنة الميزانية هي أسباب إقتصادية و سياسية فالسنة يجب أن تفتح في الوقت الملائم لكي نضع ميزانية دقيقة يعني أن نضع بقدر المستطاع تقديرات النفقات و الإيرادات، غير أن تطبيق مبدأ السنوية على الميزانية العامة لا يحترم السنة المدنية بصورة صارمة و ذلك بسبب الإستثناء الذي يسمح به هذا المبدأ و الذي يتمثل في تأجيل الاعتمادات من السنة و التي لم تستعمل في نهاية السنة يمكن أن تستعمل في السنوات الأخرى و هي مسألة تثير مشكلتين تتعلق الأولى بالإرتباط المحاسبي للعمليات و الثانية بمآل الاعتمادات غير المستعملة في نهاية السنة، يثار الإرتباط المحاسبي في موضوع العمليات المالية التي تمتد إلى أكثر من سنة ، ويطرح التساؤل هل ينتهي ترخيص الميزانية في نهاية الميزانية أم يستمر مفعوله ما بعد السنة؟ إجابة عن هذا السؤال تتبع الدول أحد النظامين الآتيين أو تمزج بينهما أحيانا: نظام الإستحقاق le systéme de l'exercice. ويرتكز على الإرتباط القانوني للعمليات و نظام الإستحقاقات المالية، فترتبط بميزانية سنة معينة النفقات التي اعتمدت في تلك السنة، و

التكاليف أو الديون التي ترتبت في غضون نفس السنة، فالإرتباط لا يأخذ بعين الاعتبار لتأدية العملية للنفقات و الموارد أي يسرى أثر الميزانية إلى ما بعد سنة.

ونظام التسيير يرتكز على عكس النظام السابق système de la gestion على الإرتباط المادي، فالموارد ترتبط بالسنة التي حصلت فيها و النفقات تدرج في حسابات السنة التي صرفت فيها أي لا يمتد أثر الميزانية إلى ما بعد سنة.

٣ – المبادئ المتعلقة بمضمون الميزانية:

ففي باب الموارد فإن المشرع يعطي الرخصة للحكومة من أجل مواصلة عمليات التحصيل المالي، أما النفقات فتخضع لمبدأ التخصيص أي أن كل إعتماد يوافق موضوعا محددا و الاعتمادات المخصصة عضويا لكل وزارة على حدا و هناك مراسيم لتوزيع إعتمادات الميزانية على كافة نشاطات الوزارة كما تخضع الميزانية لمبدأ التوازن و يقصد به العلاقة الموجودة بين الموارد النهائية خارج الإقتراض و النفقات النهائية بما في ذلك نفقات التسيير و التجهيز.

٤ – المبادئ المتعلقة بصدق الميزانية:

يدل مبدأ صدق الميزانية على وجوب مطابقة الوسائل التي من أجلها طلب الترخيص البرلماني مع الأعباء المتوقعة، والتي يجب أن تكون كافية لتمكين الدولة من أن توفي بالتزاماتها من حيث الديون و من حيث حساب الحاجيات بصورة لا تجعل بعض الاعتمادات المصوت عليها غير مستعملة، فتكون ميزانية الدولة صادقة إذا كانت توقعات الإيرادات و النفقات حدثت بحسن نية، إلا أنه يصعب التأكد من هذا السلوك مما يجعل في غالب الأحيان التوقعات تعتمد على معطيات إقتصادية وفرضيات حكومية قد تغير حتما التوقعات، و يهدف إدراج مبدأ صدق الميزانية في قانون المالية إلى تفادي نية تجاوز الخروج عن الخطوط الكبرى للتوازن المحدد في قانون المالية و ذلك ما ذهب إليه المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم ٢٠٠١ -٤٤٨.

أهم آليات إعداد الميزانية:

اتجهت الدراسات الحديثة إلى تحديد مجموعة من المحاور التي يرتكز عليها إعداد الميزانية و ذلك كالتالي: [١]

[١] عكة عبد الغني – نحو عصرنة أنظمة الميزانية في الجزائر – المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصاد و السياسة جامعة الجزائر – عدد ٢ لسنة ٢٠٠٨ ص ٥٥-٦٣.

١ ـ إعداد الميزانية وفقا لبرامج ترتكز على تحقيق نتائج:

إن هذه الصيغة في إعداد الميزانية على أساس البرامج التي تعد من الدوائر الوزارية وفقا لاحتياجاتها و أهدافها المسطرة مسبقا، و يجب أن تأخذ في الحسبان مؤشرات النجاعة و تسمح لكل دائرة وزارية تخطيط و برمجة كل المبادرات التي تقع تحت مسئوليتها، حيث أن البرنامج يضم مجموع المبادرات التي تتلاءم مع الأهداف و التوجيهات العامة للحكومة، كما يسمح بتغطية مالية مناسبة لأنشطة الوزارات، كما أن المسيرين المختصين ملزومون بتقديم تقارير دورية عن حالة تنفيذ هذه البرامج لتقيمها من طرف أجهزة الرقابة و ذلك لتقدير فعالية الأهداف و التأكد من تحقيق النتائج المسطرة لها.

٢ ـ الاعتماد على التخطيط المتوسط المدى:

إن هذه الطريقة تعتمد على التخطيط المتوسط المدى للتحضير لسياسة المالية، وهي عبارة عن سياسة تقديرية للميزانية على مستوى الاقتصاد الكلي، و يتجسد ذلك في وثيقة تقدر من خلالها المصالح المختصة السياسة المالية على عدة سنوات، وهذا لا يعني أنه قد تم التخلي عن مبدأ السنوية في إعداد الميزانية، بل العكس فإن هذه السياسة ستعزز هذه الفكرة و تعطيها دفعا من خلال اعتمادها على سياسة تقديرية متعددة السنوات من شأنها أن تعطي صورة واضحة للمسيرين في إعداد السياسة المالية، و عليه فإن الاعتماد على التخطيط المتوسط المدى يرجي من وراءه:

- ضمان استمرارية السياسة المالية المبنية على أساس اكتشاف الموارد المتوفرة و التنقيب عنها و تحديد الأولويات و المتطلبات المالية.

- ضمان التجانس بين الموارد و النفقات.

- إعداد نظام لتوزيع الموارد يتطابق مع الأولويات المحددة.

- كما يحدد مفهوم سقف النفقة حسب القطاع لأنه يعتبرها العنصر الأساسي في التأطير لإعداد الميزانية.

٣ ـ الاعتماد على إطار متعدد السنوات في إعداد الميزانية:

هذا الأسلوب يعتبر كآلية جديدة و فعالة في تسيير الموارد العمومية، كما أنه يعبر بصورة جلية وواضحة عن المحاور الكبرى للسياسة العامة للدولة فيما يخص تقدير النفقات، لأنه يأخذ بعين الاعتبار ثلاثة سنوات كاملة في عملية التقدير للنفقات، أي السنة المالية الجارية إضافة لسنتين لاحقتين، وهذا لا يعني أنه تم التخلي عن مبدأ سنوية الميزانية

كما سبق ذكره أنفا، لأنه يبقى على سنوية الرخصة الممنوحة من طرف البرلمان في تنفيذ الميزانية.

بمعنى أن الإطار المتعدد السنوات في إعداد الميزانية يعرض في وثيقة للإشارة فقط للالتزامات المستقبلية للدولة، حيث تتم المصادقة في البرلمان على جزء منه و الذي يمثل السنة المالية.

٤ – وجود المسير المسئول

إن المسير المسئول يعتبر العنصر الأساسي في عملية التسيير و القيادة التي تعتمد على تحقيق النتائج.

لذا فا المسير وفقا لهذا الإصلاح هو ذلك الشخص الذي منحت له سلطة تسيير الموارد العمومية، دراسة الإحتياجات المالية و مراقبة التكاليف مقارنة بالنتائج العملية، كما يمنح له سلطة الأمر بالإنفاق و بالتالي هو المسئول عن إعداد الميزانية الخاصة بهيئته كما أنه مجبر على متابعتها و تقديم الحسابات دوريا. حيث يمكن أن يكون المسئول المسير على مستوى الإدارة المركزية أو الغير ممركزة و كذلك على مستوى المؤسسات العمومية الإدارية، وبالتالي يمكن تلخيص دور المسير فيما يلي:

ا – مرحلة التخطيط:

- تقديم المبادرات التي يكون مسئولا عنها.
- إقناع المسئول الأعلى درجة منه بضرورة إعتماد برنامجه و تبرير ذلك.
- إعداد المخطط النشاطي للبرنامج الذي يسيره.
- المشاركة في المراجعة والتقييم الدوري لنتائج البرامج.

ب – مرحلة إعداد الميزانية:

- توزيع الغلاف المالي على المسيرين الخاضعين لسلطته.
- تقدير تكاليف هذه المبادرات تماشيا مع النتائج المتوقعة لسنوات المقبلة.
- يدافع عن برنامجه أمام المصالح المختصة لوزارة المالية.

ج – مرحلة تقديم الحسابات:

- تقديم نتائج الحسابات المحصل عليها مقارنة مع الأهداف المسطرة.

- إعداد تقرير سنوي يعرض فيه كافة النقاط المتعلقة بالتسيير المالي لقطاعه الوزاري.

المطلب الثاني:

المساعدة العمومية كأسلوب لتدخل الدولة

في النشاط الاقتصادي

لحد الآن لا يوجد مفهوم محدد للمساعدة العمومية، حيث لا يوجد تعريف تشريعي محدد على الرغم من أنها أقدم وسائل تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي، وقد عرفها بعض الفقه على أنها << المساعدة العمومية هي كل عملية تقوم بها الدولة أو أحد هيئاتها تجاه مؤسسة وإن كانت عمومية، أين لا يكون الهدف تحقيق ربح مباشر أو كمي لصالح الدولة، ويكون له أثر كمي على حسابات المؤسسة، وتستفيد المؤسسة من المساعدة سواء بطريق مباشرة أو غير مباشرة، كما قد تستفيد المؤسسة من تحسين الإطار العام لنشاطها أين يساعدها على تحقيق أهداف اقتصادية .>>

<< L'aide publique est toute opération de l'état ou de ses établissements vers une entreprise même publique. Dont l'objet n'est pas un gain direct et quantifiable pour l'Etat ، qui a un impact quantitatif sur les comptes de l'entreprise ، et qui lui est versée directement ou indirectement ، ou lui bénéficie par le biais de son environnement sous condition dans le cas d'avoir une finalité économique >>

لكن هذا التعريف يمتاز بالعمومية وعدم تحديد عناصر المساعدة المالية، فالمساعدة تفترض أولا وحدة المستلم (المستفيد)، فقد يكون شركة معينة بذاتها، أو تكون لصالح قطاع معين، كما أنها تستلزم غياب مقابل مباشر لفائدة الشخص الذي يمنحها أي هدفها تحقيق المصلحة العامة، فلا يدخل في ذلك الصفقات العمومية، إضافة إلى ذلك فإن مانح المساعدة يكون من أشخاص القانون العام و ذلك بتأثير من أشخاص قانونية عامة مثل (شركات عمومية، جمعيات إدارية، شركات الاقتصاد المختلط)، و تلتزم الجهة الإدارية بمنح المساعدة متى تم الموافقة على منحها من طرف الجهة المختصة وقد تكون هذه الموافقة خاضعة للسلطة التقديرية للإدارة كما قد تكون الموافقة مشروطة هذه الشروط الأربعة تدفع إلى القول إلى أن المساعدة، رغم هدفها في تحقيق الصالح العام إلا أنها تمس بمبدأ حرية المنافسة بين المتعاملين الاقتصاديين، لهذا فإن قانون الإتحاد الأوروبي ينظر إليها بحذر خاصة فيما يخص المساعدات المقدمة إلى المؤسسات العمومية التي تمارس نشاطا

تنافسيا،في حين أن القوانين الداخلية تمتاز بكثير من المرونة مما قد يعد مصدرا للتنازع في أوروبا.(١)

تعدد المساعدات العمومية:

قد تكون المساعدات العمومية مقدمة من طرف الدولة أو الجماعات المحلية أو هيئة عمومية أو أحد أشخاص القانون الخاص مكلف بتقديم خدمة عامة، ورغم تعدد القائمين على منح المساعدات العمومية، إلا أنهم جميعا يهدفون إلى تحقيق المصلحة العامة.

وعقد التعهد بخدمة عامة هو عقد يتعهد بمقتضاه شخص برضائه و اختياره بأن يشترك في نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة أو المرافق العامة أو ذات النفع العام مقابل قيام الإدارة بتنفيذ المشروع و قد تكون المعاونة بمبلغ مالي أو شئ عيني. و قد اعتبر القضاء الإداري في كل من مصر و فرنسا عقد المساهمة عقدا إداريا متى كان وثيق الصلة بعقد الأشغال العامة، أما إذا لم يتصل عقد المساهمة بعقد أشغال عامة بل بتنظيم مرفق عام فإن القضاء الإداري الفرنسي لا يعتبره عقدا إداريا بتحديد القانون و إنما يكون إداريا أو مدنيا بحسب خصائصه الذاتية.

و هو كعقد إداري يتمتع بخصائص العقود الإدارية التي تنأى عن القواعد المألوفة في القانون الخاص و من ثمة لا يتقيد إذا تم على وجه التبرع بقواعد الهبة المقررة في القانون المدني فيصح دون اتباع الشكليات المقررة للهبة المدنية و لا يشترط لصحته إشهاره في ورقة رسمية و إنما تنطبع قواعده باحتياجات المشروع العام الذي يمهد إلى خدمته و أسباب المصلحة العامة التي تستهدف المساهمة تحقيقها.و هو عقد ملزم لجانب واحد فإذا تم عقد المساهمة بتلاقي القبول و الإيجاب نشأ التزام على جانب المتعهد بأن ينفذ تعهده بالمساهمة بالنفقات بحسب موضوعها و كان الالتزام من جانبه وحده و إذا رأت الإدارة عدم ملائمة القيام بالمشروع لها أن تتحلل من قبولها، و إذا إلتزمت الإدارة بالمشروع نفذت اشتراطات المتعهد و إلا عد خطأ تعاقديا من جانبها(٢)

وفي ميدان الاختصاص فإن المساعدات الجبائية، و تطبيقات لمبدأ المساواة أمام الضريبية فإنها يجب أن تكون محددة بقانون.

أولا: أشكال المساعدة

أشارت بعض النصوص القانونية إلى مساعدات الدولة دون أن تعرفها و منها ما نص عليه مرسوم قانون ٢٥ جوان ١٩٣٤ في فرنسا الذي نص على أن :<< كل جمعية أو

---

[1] Fréderic Colin - droit public économique - Galino éditeur Paris – édition2005 - p 241.

[٢] د.عاطف البنا – المرجع السابق – ص ٩٤-٩٦ .

شركة، أو جماعة خاصة تتلقى منحة من الدولة ملزمة بتقديم ميزاتها و حساباتها إلى الوزير الذي يقدم المنحة >>.

١ – أهم أشكال المساعدات

أهم أشكال المساعدة هي المساعدة المالية و تتركز في تخصيص موارد إلى مؤسسة أو بعض المؤسسات لتوفير شروط أحسن من تلك التي توفرها السوق، و التقنية الأكثر بساطة هي تقديم منحة subvention أي وضع مبلغ مالي تحت تصرف المستفيد كذلك قد تكون قرض بفائدة تفضيلية أو التخفيض من ضمانات القروض، كما قد تكون هذه المساعدات غير مباشرة بتقديم إمتيازات جبائية كتخفيض الضرائب، والإعفاء من دفع الرسم على النشاط المهني.

وبالنسبة للأنشطة التي تقدم خدمات عمومية فقد تكون المساعدة بمنح إمتيازات السلطة العامة مثل سلطة نزع الملكية، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في قضية مؤسسة فيزيا. établissement vezia وذلك في قراره الصادر بتاريخ ٢٠ ديسمبر ١٩٣٥. كما قد تكون بمنح احتكار الاستغلال مع حق شغل الأموال العامة و هذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ ٢٩ جانفي ١٩٣٢ في قضية شركة حافلات أنتيبيان société des autobus antibien. وكذلك في قراره الصادر بتاريخ ٣٠ جوان ٢٠٠٤ في قضية محافظة دولافوندي département de la Vendée

كما أن المساعدات قد تكون من طبيعة مادية مثل تقديم الخدمات، الإستشارات، تقديم محلات، أو تخصيص التجهيزات العمومية لتقديم المساعدة، و هذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ ٢٠ جويلية ١٩٧٠ في قضية مدينة سوشو Ville de Sochaux أين تم إنشاء طريق لصالح شركات بيجو، وكذلك قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ٢٣ مارس ١٩٩٢ في قضية السيد جون مارتان و آخرون بخصوص أورو ديزني لاند.

كما أنه قد توكل السلطة العامة تقديم المساعدات إلى بعض الأجهزة المالية ومن ذلك ما نصت عليه القوانين الفرنسية ومنها: صندوق الودائع و القيد وشركة المساعدة وتمويل التنمية الصناعية.

وتعدد أشكال المساعدة جعل من الصعب تعريفها ووضع معيار مميز لها، و الحل الأمثل يتركز في التفرقة بين المساعدات المباشرة و المساعدات غير المباشرة فالمنح و القروض و الدفع تحت الحساب و حتى الإستفادة من الامتيازات تعد من قبيل المساعدات

المباشرة، و الكفالة وخفض ضمانات القروض، ومنح إمتيازات السلطة العامة أو منح المحلات أو الخدمات بشروط تفضيلية يعد من قبيل المساعدات غير المباشرة.(١)

ثانيا: آليات منح المساعدات

رغم تنوع المساعدات فإننا يمكن أن نميز بين آليتين لمنح المساعدات :

منح المساعدة بواسطة قرار إداري ومنح المساعدة بواسطة العقد .

١ – منح المساعدة بواسطة قرار إداري

يتم منح المساعدة بواسطة قرار متى توافرت شروط محددة في المستفيد ، وبالتالي ينشأ مركزا قانونيا للشخص الذي له الحق في طلب الإستفادة من هذه المساعدة ،وبالنتيجة فإن غياب أحد الشروط يسقط الحق في طلب المساعدة ،وقد نص القانون الفرنسي على مجموعة من المساعدات منها : تخفيض الرسم على القيمة المضافة بالنسبة للجرائد و الدوريات، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ ١٧ مارس ١٩٩٥ في قضية جمعية ليترا Littera association ، أو تخفيض ضريبي بالنسبة للمؤسسات التي تمارس نشاطا جديدا في مقاطعات ما وراء البحار ، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ ٢٦ جوان ١٩٨٥ في قضية لوقي هاوم ،وكذلك منحة التوقف عن إنتاج الألبان بالنسبة للفلاحين .وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في قضية أرنوف Arnouf بتاريخ ٦ مارس ١٩٩٦ ، وكذلك يكون بموجب قرار إداري الإعفاء من دفع الرسم على النشاط المهني ، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ ١٩ مارس ٢٠٠١ في قضية شركة المساهمة أوربال فرنسا ، كذلك فإن الاستفادة من مساعدة لإنجاز سكن تكون بقرار إداري .

وهناك بعض المساعدات المشروطة، حيث أنه على الرغم من توافر شروط منح المساعدة إلا أن للإدارة بعض السلطة التقديرية في منحها و تخضع في ذلك لرقابة القضاء، ومن ذلك بعض الإعفاءات الضريبية المرتبطة بمنحة تنمية بعض المناطق وقد حدد مجلس الدولة الفرنسي بذلك موقفه من التوجيهات (les directives) وذلك في قراره الصادر بتاريخ ١١ ديسمبر ١٩٧٠ في قضية القرض العقاري الفرنسي بقوله:<< أن التوجيهات ممكن أن تحدد مسار قرار إداري، لكن يجب فحص كل طلب على حدي، ولا يجب أن تضع التوجيهات قواعد جديدة >>.

وغالبا ما يكون طلب المساعدة خاضع لتقدير الجهة الإدارية أين لها سلطة القبول أو الرفض، مما يعني خضوعه للسلطة التقديرية لجهة الإدارة التي يجب أن تحترم الأهداف

[1] Frédéric Colin - ouvrage précédent - p 442

التي يسطرها القانون، ورقابة القاضي تكون مقيدة في مدى وجود خطأ في تحديد الملائمة ومن هذه المساعدات التي تخضع للسلطة التقديرية المنح التي تقدمها الدولة للمشاريع الاستثمارية.

وبصفة عامة فإن الوزارات عن طريق المناشير الداخلية تفسر للوحدات الإدارية التابعة لها ظروف قبول طلب المساعدة أو رفضه ،لكن حسب الإتجاه التقليدي لمجلس الدولة الفرنسي فإن الوزارة لا يمكن أن تضع قواعد عامة تنظيمية جديدة وذلك ما أكده في حكم جامار jamart الصادر في ٦ فيفري ١٩٣٦ وقضية شركة مقطرة بربان . لكن تطور القانون العام الاقتصادي دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى تغيير قضائه فذهب إلى أن لجهة الإدارة أن تصدر توجيهات وذلك دون تقييد لسلطتها التقديرية أو السلطة التقديرية للأجهزة التابعة لها ولا تضع شروطا جديدة، بل تحدد الأطر العامة للنشاط مثل ما ذهب إليه في قضية القرض العقاري الفرنسي ، كما أن التوجيهات لا تلغي مكنة مراقبة كل حالة على حدى مثل ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في قضية الزوج جنتيوم épouse Gentilhomme في قراره الصادر بتاريخ ٢٩ جويلية ١٩٩٤ . ولا تخضع التوجيهات لرقابة قاضي تجاوز السلطة وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في قضية الإتحاد الوطني للملكية العقارية الصادر بتاريخ ١٨ أكتوبر ١٩٩١ ، إلا أن هذه التوجيهات تخضع لرقابة قاضي تجاوز السلطة متى تضمنت قواعد آمرة مثل ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في قضية السيدة دوفيقنرز Duvignéres الصادر بتاريخ ١٨ ديسمبر ٢٠٠٢.[1]

٢ ــ منح المساعدة عن طريق العقد:

نجد أن تقديم المساعدات في شكل عقد في تزايد مستمر و ذلك لإتجاه الجهات الإدارية إلى التصرف بشكل رضائي و تعاقدي مع المستفيدين، وقد إتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى اعتبار أن العقود ذات الصلة بالنشاط الاقتصادي عقودا إدارية بحسب الهدف (الغاية) ومن ذلك ما أكده حكم ٢٦ جوان ١٩٧٤ في قضية Société la maison des Isolants de France. وهذا التكييف لا يعد آليا أو بحكم القانون ،فكفالة قرض قائم بين مؤسسة مالية خاصة و إن كانت مكلفة بخدمة عامة ، و مؤسسة خاضعة لأحكام القانون الخاص يعد من قبيل عقود القانون الخاص بحسب طبيعته ما لم يتصرف شخص القانون الخاص لحساب أحد أشخاص القانون العام و هذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ ١٨ جوان ١٩٧٨ في قضية Dame culard .

لكن يجب ملاحظة أنه إذا كانت المساعدة العامة بموجب عقد فإن قرار منح المساعدة أو الرفض يعد قرار إداريا و هذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قراره

---

[1] Frederic Colin _ ouvrage précédent p 443

الصادر بتاريخ ٢٦ جانفي ١٩٦٨ في قضية maison gènistal وذلك وإن لم تنص النصوص التشريعية على ذلك .(١)

تتحدد حرية الجهة الإدارية في تحديد أشكال منح المساعدة بحسب النظام القانوني الذي ينظمها وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي سنة ١٩٧٨ في قضية النقابة الوطنية للتعليم التقني الفلاحي العام إلى أن المساعدة المالية التي تريد الدولة تقديمها إلى مؤسسات التعليم الفلاحي المعتمدة لا يمكن أن تخضع لإتفاقيات تعاقدية على اعتبار أن الوضعية القانونية لهذه المؤسسات الخاصة تجعل هذه المساعدات تكون بإجراء وحيد الطرف (قرار إداري).

لكن تحديد مقدار هذه المساعدات يجب أن يحدد بواسطة القانون، فإما أن يحدد بقيمة جزافية، أو أن تكون محددة بقيمة عظمى وقيمة دنيا أو أن تحدد بقيمة عظمى.

ويجب على القاضي عند تكييف عقد أنه من قبيل عقود المساعدة العامة تطبيق القواعد العامة مثل المساهمة في تنفيذ خدمة عامة أو وجود شروط استثنائية ، كما أن المساعدات المقدمة عن طريق العقد يمكن أن تكون مرتبطة بإجراءات وحيدة الطرف إلى جانب الإدارة.

وفيما يخص الوعد بتقديم مساعدات ، فلا يعتبرها قضاء مجلس الدولة الفرنسي من قبيل الالتزام إلا إذا كانت محددة المقدار ، وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكم شركة سقاتور sagateur الصادر بتاريخ ٣ مارس ١٩٨٩ << أن الدولة قد ارتكبت خطأ بوعدها تقديم مساعدات ، ولم تنفذ وعدها الذي كان بموجب الرسالة التي وجهتها الإدارة إلى الشركة لأجل بناء منجزات رياضية >>..

<<Ainsi ; l'Etat commet une faute de nature a engagé sa responsabilité des lors qu' il ne respecte pas l'engagement pris par lettre de versé à une société pour la construction d'équipements sportifs >>.

وبصفة عامة فإن المنازعات المرتبطة بالمساعدات لا تحمل أي طبيعة خاصة و إذا كان تقديم المساعدة بموجب القانون الذي ينشأ مركزا قانونيا للمستفيد فإن رفض الإدارة تقديم المساعدة يشكل خطأ وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في قضية Rougè وذلك في حكمه الصادر بتاريخ ١٠ ابريل ١٩٦٩ لكن إذا كان تقديم المساعدة غيرآلي ، فإن للإدارة كامل السلطة التقديرية في تقديم المساعدة و لها أن ترفض حتى وإن إجتمعت كافة شروط تقديم المساعدة ، وهذا ما ذهب مجلس الدولة في حكمه الصادر بتاريخ ١٤ ديسمبر

1 Férdéric colin – ouvrage précédent – p 443

١٩٨٨ : << إن محافظ ناحية بواتو شارنت لم يخالف القانون عندما رفض منح الشركة مقدمة الطلب منحة التنمية الإقليمية، حتى وإن استوفت الشركة الشروط التي يحددها المرسوم المحدد لها >>.

<<Le préfet de la région Pointu – Charente n'as pas entaché sa décision d'une erreur de droit en refusons d'accorder à la société requérante la prime de développement régional ; alors même que cette société remplit les conditions aux quelles le décret subordonne son attribution >>.

إذن فالانتقائية في منح المساعدات تعني أن للإدارة سلطة تقديرية في ذلك، و للقاضي مراقبة هذا القرار الإداري عند رقابته على السلطة التقديرية.[١]

آثار تقديم المساعدات الحكومية :

إن الهدف من تقديم المساعدات الحكومية ، هو تحقيق المصلحة العامة ، ويضع ذلك آليا التزامات على عاتق المؤسسات المستفيدة و لا تستطيع هذه الأخيرة التحلل من التزاماتها بإرادتها المنفردة .

فالسلطة العامة من جهتها تلتزم بصرف الأموال التي تعهدت بتقديمها ومن جهة أخرى فإنها تملك وسائل عديدة تمكنها من المراقبة و توقيع الجزاء في حالة مخالفة الشركة الالتزامات الملقاة على عاتقها ، وأهم المصادر القانونية في فرنسا مرسوم ٢٥ جوان ١٩٣٤ المعدل بمرسوم ٢ ماي ١٩٣٢ حيث يقرر في المادة الأولى منه أن :<<كل جمعية، أو شركة أو مجموعة خاصة تتلقى مساعدات من طرف الدولة ملزمة بتقديم موازناتها و حساباتها للوزارة التي تقدم المساعدة، كما يمكن للوزارة أن تطلب تقديم الوثائق الثبوتية للنفقات ، وكل مستند آخر لتحديد مدى نجاعة الإنتاج >>.

وتملك السلطة العامة توقيع مجموعة من الجزاءات :

١- إلغاء المساعدة suppression de l'aide

٢- الأمر برد المبالغ الزائدة ordre de reversement de l'indus

٣- الأمر برد المنحة (المساعدة) remboursement de la subvention

وهذه الجزاءات يمكن للإدارة أن توقعها حتى في غياب النص على ذلك

[1] Didier Lionette. Achille Mester . Raphael Romi . service public et droit public économique . litec 1995p.447.448

لكن توقيع هذه الجزاءات لا يكون بصرامة تامة ،لأن ذلك قد يحدث آثارا سلبية على النتائج المتوقعة ، ومن ذلك المنح المقدمة من أجل إنشاء مناصب شغل فهي مرتبطة بإنشاء مناصب عمل خلال مدة زمن معين ، في حالة التحقيق الجزئي لهذه النتيجة ، فإن الأمر برد المبالغ الممنوحة ، قد يضع المؤسسة أمام خيار إلغاء مناصب العمل المستحدثة ، وبالتالي فإن الأمر برد المساعدات المقدمة غير محبذ .

وفي إتجاه حديث للقضاء الإداري ، فقد كيف القرارات المانحة لإمتيازات مالية بقرارات منشئة للحق ، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ٦ نوفمبر ٢٠٠٢ في قضية (سوليي) Soulier ويعد هذا الحكم لصالح الأفراد بحيث أن الإدارة لا تستطيع سحب قرارها الإداري بمنح المساعدة والصادر بإرادتها المنفردة حتى وإن كان غير مشروع بعد مرور أربعة أشهر وهي أجال الطعن بالإلغاء في هذه القرارات مادام قد رتبت حقا ، وهذا ما أكده قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ ٢٦ أكتوبر ٢٠٠١ في قضية السيد ترنون ، إلا أنه يجوز للإدارة سحب قرار المساعدة العامة متى لم يوف المستفيد بالتزاماته مثل ما أكده حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة قاما الصادر بتاريخ ١٤ فيفري ١٩٩٤[1].

مساعدة الدولة للمؤسسات:

تاريخياً فإن الدولة تعد أول مقدم للمساعدات العامة و في فرنسا منذ ما يجاوز خمسين سنة توجد آليتين لمنح المساعدات:

الأولى هي إقتطاع المساعدات من الميزانية ، حيث أن الدولة توكل لمجموع الصناديق المنشأة لديها تسيير المساعدات في قطاع معين لضمان النجاعة و الشفافية ، ومن ذلك إنشاء صندوق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية ، ويخصص له حساب خاص لدى الخزينة العامة، وللصندوق سلطة مراجعة و تحديد الأوامر لكل برنامج استثمار ممول من طرف الدولة، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر ، كما أن هناك العديد من الصناديق المستحدثة منها :

١- صندوق تهيئة الاقاليم

le fonds d’intervention pour l’aménagement de territoire

٢- صندوق المساعدة الإستشارية وتحديث السياحة

le fonds d’aide au conseil et a l’innovation touristique

1.Frédéric Colin – ouvrage précédent – p 245

٣ – الصندوق الوطني لتهيئة وتنمية الأقاليم المنشأ بموجب قانون ٤ فيفري ١٩٩٥

le fonds national d'aménagement et développement du territoire

وتتجسد الآلية الثانية في لا مركزية المساعدات ، وذلك أن الدولة لا تقدم المساعدات على مستوى الوزارة بل يتم تقديم بعضها على المستوى المحلي ، سواء المحافظة أو الناحية وأساسا تقدم من طرف رئيس البلدية (le prefet)

ومن أهم هذه المساعدات تلك المقدمة للشركات المعسرة ، حيث أن لجنة معالجة مشاكل تمويل المؤسسات مكلفة بمراقبة وتوقي إعسار المؤسسات التي تشغل أقل من ٢٥٠ عامل، ولها أن تأمر بصرف المساعدات العامة من صندوق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية .

- كما أنه منذ ١٩٨٢ فإن اللجنة الجهوية لإعادة الهيكلة الصناعية ، تعالج الملفات المحولة لها من لجنة معالجة مشاكل تمويل المؤسسات ، و كذلك المساعدات المقدمة للمؤسسات التي لا يزيد عدد عمالها عن ٤٠٠ عامل .

- أما القضايا الأكثر أهمية فإنها تعالج من طرف لجنة وزارية مشتركة لإعادة الهيكلة الصناعية ، تحت رئاسة وزير الاقتصاد و المالية ، التي تتكون من ١٢ عضوا من الوزارات المختلفة و المنظمات الوطنية .[١]

بعض نماذج المساعدات في القانون الجزائري :

تمتاز القوانين الجزائرية بوجود مجموعة من التشريعات و المراسيم التي تحدد أساليب تقديم المساعدات العامة ومنها التي في مجال الاستثمار و دعم بناء السكنات و المساعدة على استحداث مناصب شغل .

١- المساعدات العامة لتطوير الاستثمار

لقد حدد الأمر ٠١-٠٣ المتعلق بتطوير الاستثمار [٢] أساليب المساعدات العامة وتخضع له كافة الاستثمارات سواء الوطنية أو الأجنبية ، ويقصد بالاستثمار في مفهوم هذا الأمر ما يلي :

١- إقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة ، أو توسيع قدرات الإنتاج أو إعادة التأهيل أو إعادة الملكية .

٢- المساهمة في رأس مال مؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية.

[1] Frédiric Colin :ouvrage précédent –p:245.244

[2] الأمر ٠١-٠٣ المؤرخ في جمادي الثانية عام ١٤٢٢ الموافق ل٢٠ غشت سنة ٢٠٠١ يتعلق بتطوير الاستثمار .

٣- إستعادة النشاطات في إطار خوصصة جزئية أو كلية .

وتتولى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار منح المزايا المرتبطة بالاستثمار في إطار التنظيم المعمول به ، وتتولى كذلك تسيير صندوق الاستثمار وتراقب مدى إحترام المستثمرين لالتزاماتهم خلال مدة الإعفاء .

وزيادة على الحوافز الضريبية وشبه الضريبية و الجمركية المنصوص عليها يمكن أن تستفيد الاستثمارات من المزايا التالية :

١- تطبيق النسبة المخفضة في مجال الحقوق الجمركية فيما يخص التجهيزات المستوردة و التي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار .

٢- الإعفاء من الضريبة على القيمة المضافة فيما يخص السلع و الخدمات التي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار .

٣- الإعفاء من دفع رسم نقل الملكية بعوض فيما يخص كل المقتنيات العقارية التي تمت في إطار الاستثمار المعني .

وتستفيد الاستثمارات التي تنجز في المناطق التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من الدولة من مزايا خاصة عند إنجاز الاستثمار :

١- تطبيق حق ثابت في مجال التسجيل بنسبة مخفضة قدرها إثنان بالألف فيما يخص العقود التأسيسية و الزيادات في رأس المال .

٢- تتكفل الدولة كليا أو جزئيا بإنجاز الأشغال المتعلقة بالمنشآت الأساسية الضرورية لإنجاز الاستثمار ومن ذلك توصيل الماء ، الكهرباء و إنجاز الطرقات وذلك بعد تقييمها من طرف الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار .

كما يستفيد المستثمرون في هذه المناطق بعد معاينة إنطلاق الاستغلال من المزايا التالية:

١- الإعفاء لمدة ١٠ سنوات من النشاط الفعلي ،من الضريبة على أرباح الشركات ،ومن الضريبة على الدخل الإجمالي على الأرباح الموزعة ، ومن الدفع الجزافي ، ومن الرسم على النشاط المهني .

٢- الإعفاء لمدة عشر سنوات إبتداء من تاريخ الإقتناء من الرسم العقاري على الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار .

٣- منح مزايا إضافية من شأنها أن تحسن أو تسهل الاستثمار ، مثل تأجيل الحجز وأجال الإستهلاك .

إلا أنه للإستفادة من هذه الامتيازات يجب أن تنجز الاستثمارات المذكورة في أجل يتفق عليه مسبقا عند اتخاذ قرار منح المزايا ،ويبدأ سريان هذا الأجل ابتداء من تاريخ تبليغ قرار منح المزايا ، إلا إذا قررت الوكالة الوطنية الاستثمار تحديد أجل إضافي ، وتقوم هذه الأخيرة بمتابعة هذه الاستثمارات بالإتصال مع الإدارات و الهيئات المكلفة بالسهر على إحترام الالتزامات التي تترتب على الإستفادة من الامتيازات الممنوحة

- وفي حالة عدم إحترام آجال الإنجاز و شروط منح المزايا يتم سحب هذه المزايا بنفس الأشكال التي منحت بها دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى .

٢- تخفيض نسبة فوائد القروض للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة

لقد حدد المرسوم التنفيذي رقم ٠٦-٣١٩ المؤرخ في ١٨ سبتمبر ٢٠٠٦ مستوى تخفيض نسبة الفائدة على القروض الممنوحة من البنوك و المؤسسات المالية إلى المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في حالة الإنشاء أو توسيع النشاط كما يلي :[1]

المنطقة ١ : تضم ولايات الجزائر وهران و عنابة ٠.٢٥%

المنطقة ٢ : تضم الولايات الواقعة بالهضاب العليا و الجنوب ب ١.٥%

المنطقة ٣ : تضم الولايات غير المنصوص عليها في المنطقتين ١و٢ ب ١%

وبالنسبة للتخفيض المخصص لإعادة التأهيل حددت نسبة كالتالي :

المنطقة (٢)،مناطق الجنوب و الهضاب العليا ب ١.٥ %

المناطق الأخرى (١ و٣) ب١%

ويجري دفع التخفيض من الخزينة بعد إقتطاعه وطلبه و إثباته شهريا من مقر مؤسسة القرض بعد التحقق من وثائق الإثبات في ظرف الثمانية (٨) أيام التي تلي طلب الأموال من البنك .

يقيد تخفيض نسبة الفائدة في حساب التخصيص الخاص رقم ٠٦٢-٣٠٨ الذي عنوانه تخفيض نسبة الفائدة على الاستثمار، ولا يتحمل المستفيد من القرض إلا الفارق غير المخفض لنسبة الفائدة إلا أنه لا يمكن منح تخفيض نسبة الفائدة لنشاطات التجارة و التوزيع

---

١ المرسوم التنفيذي رقم :٠٦- ٣١٩ المؤرخ في ١٨ سبتمبر ٢٠٠٦ المحدد لمستوى تخفيض نسبة الفائدة على القروض الممنوحة من البنوك والمؤسسات المالية إلى المؤسسات الصغيرة والمتوسطة .

للمؤسسات أو المستثمرات الفلاحية التي تستفيد من نظام تخفيض نسبة فائدة قائم أو من أي دعم آخر من الدولة منصوص عليه في التنظيم المعمول به، أي لا يجوز الجمع بين المزايا التي تمنحها القوانين المختلفة .

٣- المساعدات العامة لدعم السكن

لقد حدد المرسوم التنفيذي رقم ١٠ -٢٣٥ الصادر في ٥ اكتوبر ٢٠١٠ مستويات المساعدة المباشرة الممنوحة من الدولة لإقتناء سكن جماعي أو بناء سكن ريفي و كيفيات منح هذه المساعدة كالتالي :[١]

١- بالنسبة لإقتناء السكنات الجماعية : وتشمل السكنات الترقوية وهي السكنات التي ينجزها متعهد بالترقية العقارية وموجهة للطالبين وكذلك السكنات الموجهة للبيع بالإيجار وهي السكنات التي تقتنى بناء على تمويلات بنكية وحددت المساعدة ب ٧٠٠.٠٠٠ دينار جزائري إذا كان الدخل يتجاوز مرة الدخل الوطني الأدنى المضمون و أقل من أربع (٤) مرات الدخل الوطني الأدنى المضمون أو يساويها .

وتكون المساعدة ٤٠٠.٠٠٠ دينار جزائري، إذا كان الدخل يتجاوز أربع مرات الدخل الوطني الأدنى المضمون أو أقل من ست (٦) مرات الدخل الوطني الأدنى المضمون أو يساويها .

٢- بالنسبة للسكنات الريفية : وهي السكنات التي تنجز في فضاء ريفي في إطار البناء الذاتي حددت المساعدة ٧٠٠.٠٠٠ دينار جزائري، إذا كان الدخل أقل من ستة مرات الدخل الوطني الأدنى المضمون أو يساويها .

إلا أنه لا يمكن لشخص أن يطلب المساعدة المباشرة الممنوحة من الدولة في الحالات التالية:

١- إذا كان يملك عقارا ذا إستعمال سكني ملكية تامة .

٢- إذا كان يملك قطعة أرض صالحة للبناء إلا إذا كانت هذه القطعة مخصصة لبناء سكن موضوع المساعدة المباشرة الممنوحة من الدولة في إطار السكن الريفي .

٣- الإستفادة من سكن عمومي إيجاري أو سكن تم اقتناؤه في إطار البيع بالإيجار أو سكن إجتماعي تساهمي أو إعانة عمومية في إطار اقتناء أو بناء أو تهيئة سكن، وفي حالة ما إذا كان الطالب مستأجرا لسكن عمومي إيجاري فإنه لا يمكنه الإستفادة من المساعدة

---

١ المرسوم التنفيذي رقم ١٠-٢٣٥ الصادر في ٥ أكتوبر ٢٠١٠ المحدد لمستويات المساعدة المباشرة الممنوحة للدولة لإقتناء سكن جماعي أو بناء سكن ريفي

المباشرة إلا بشرط إرجاع سكنه خالياً إلى الهيئة المؤجرة كما تخص هذه الشروط زوج الطالب .

كما يمكن لطالب السكن أن يستفيد من تخفيض نسبة الفائدة على القروض، متى توفرت فيه شروط الإستفادة من القرض بحسب ما تحدده البنوك والهيئات المالية من شروط.

المبحث الثاني:

ضبط النشاط الاقتصادي

كأسلوب لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي

لقد فرضت الأزمات الاقتصادية التي مرت بها دول العالم وخصوصا الدول المتخلفة بعد إنخفاض عائدات البترول وإنخفاض المستوى المعيشي وتدهور الأوضاع الاجتماعية إلى حدوث تحولات جذرية مست النشاط الاقتصادي و تبني إصلاحات عديدة ، بفتح المجال أمام المبادرة الخاصة،و إعتماد مبدأ المنافسة الحرة كمبدأ أساسي لتنظيم الحياة الاقتصادية، والتخلي عن فكرة التسيير المركزي للسوق، والإنسحاب تدريجيا من الحقل الاقتصادي والتفكير في وضع ميكانزمات وقواعد جديدة ذات طابع ليبرالي لضبط النشاط الاقتصادي ويتجلى ذلك بظهور سلطات الضبط المستقلة ، وعليه سنتطرق في المطلب الأول إلى إنسحاب الدولة من النشاط الاقتصادي وفي المطلب الثاني نتطرق إلى دراسة السلطات الإدارية المستقلة.

المطلب الأول :

إنسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي

لقد فضلت الدولة الإنسحاب من الحقل الاقتصادي ويتجلى ذلك من خلال خوصصة الحقل الاقتصادي وإزالة التنظيم وعليه سنتطرق في الفرع الأول إلى إنسحاب الدولة من الحقل الإاقتصادي في مصر وفي الفرع الثاني نتطرق إلى إنسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي في الجزائر .

الفرع الأول :

إنسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي في مصر

لقد عملت جمهورية مصر العربية على تشجيع النشاط الاقتصادي الخاص والاستثمار كما عملت الدولة تدريجيا على إزالة التنظيم وهذا ما سنتطرق إليه كالتالي :

أولاً: خوصصة الحقل الاقتصادي

يتطلب إقتصاد السوق من الدولة أن تنسحب من المجال الاقتصادي و أن تفتح المجال أمام المبادرة الخاصة، وذلك بتكريس مجموعة من المبادئ الليبرالية منها حرية التجارة والصناعة وخوصصة المؤسسات العمومية الاقتصادية وإزالة الاحتكارات العمومية وسنتطرق إلى مبدأ حرية التجارة والصناعة .

- حرية التجارة والصناعة :

يقصد بحرية التجارة والصناعة حرية مباشرة الفرد للأنشطة التجارية والصناعية وغيرها، وما يتفرع عليها من تبادل ومراسلات وإبرام العقود وعقد الصفقات وغيرها من مستلزمات هذه الأنشطة .

وتعني هذه الحرية عدم الوقوف بين الأفراد وبين ما يؤدونه من عمل وألا يفرض عليهم عمل بعينه، وكذلك عدم الحيلولة بينهم وبين مزاولة النشاط التجاري أو الصناعي الذي يرغبونه، كما تتضمن هذه الحرية حظر احتكار بعض الأعمال بواسطة هيئات معينة، وقد نظم دستور ١٩٧١ الحريات الاقتصادية من بينها حرية التجارة والصناعة على أسس إشتراكية واضحة، حيث خصص المشرع الدستوري المادة الرابعة من الدستور لبيان النظام الذي يجسد الأساس الاقتصادي في مصر وتنص المادة الرابعة بعد تعديلها سنة ١٩٨٠ الأساس الاقتصادي لجمهورية مصر العربية هو النظام الاشتراكي الديمقراطي، القائم على الكفاية و العدل بما يحول دون الاستغلال ، ويؤدي إلى تقريب الفوارق بين الدخول ، ويحمي الكسب المشروع ، ويكفل عدالة توزيع الأعباء و التكاليف العامة ".

كما نصت المادة ٢٤ من الدستور "يسيطر الشعب على كل أدوات الإنتاج ، وعلى توجيه فائضها ، وفقا لخطة التنمية التي تضعها الدولة ."

كما نصت المادة ٣٠ من الدستور في فقرتها الأولى على أن الملكية العامة تتأكد بالدعم المستمر للقطاع العام ، وهو ما يؤكد هيمنة الفكر الاشتراكي على النظام السياسي و الاقتصادي في مصر عند وضع الدستور.

وبالنسبة للملكية الخاصة فقد نصت المادة ٣٢ من الدستور على أن :" الملكية الخاصة تتمثل في رأس المال غير المستغل ، ويتولى القانون تنظيم أدائها لوظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي وفي إطار التنمية دون انحراف أو إستغلال ، و لا يجوز أن تتعارض في طرق إستعمالها مع الخير العام للشعب ." ولكن لا يمكن مطالبة مالكي المال الخاص القيام بالوظيفة الاجتماعية .

إلا أن الاقتصاد المصري تحول من المذهب الاشتراكي إلى المذهب الرأسمالي وصدر قانون قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣ سنة ١٩٩١، أين تم تصفية الكثير من شركات القطاع العام و بيع العديد منها إلى القطاع الخاص .

ورغم الطعن بعدم دستورية القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ إلا أن المحكمة الدستورية العليا انتهت إلى دستوريته ، تأسيسا على أن النصوص الدستورية لا يجوز تفسيرها باعتبارها حلا نهائيا ودائما لأوضاع إقتصادية جاوز الزمن حقائقها ، فلا يكون تبنيها و

الإصرار عليها ثم فرضها بألية عمياء إلا حرثا في البحر ، بل يتعين فهمها على ضوء قيم أعلى غايتها تحرير الوطن و المواطن سياسيا و إقتصاديا ، وأن قهر النصوص الدستورية لإخضاعها لفلسفة بذاتها يعارض تطويعها لأفاق جديدة تريد الجماعة بلوغها، فلا يكون الدستور كافلا لها بل حائلا دون ضمانها .

ومن أجل تحقيق التلاؤم بين نصوص دستور ١٩٧١ و بين الأوضاع الاقتصادية المعاصرة ، ونتيجة للمساوئ التي تمخضت عن تطبيق الفكر الاشتراكي في مصر ، فقد رؤي تعديل الدستور سنة ٢٠٠٧، بما يتيح حرية إختيار التوجه الاقتصادي ، حيث أصبحت المادة ٠٤ تنص على أن :" يقوم الاقتصاد في جمهورية مصر العربية على تنمية النشاط الاقتصادي و العدالة الاجتماعية وكفالة الأشكال المختلفة للملكية و الحفاظ على حقوق العمال " . كما تنص المادة ٢٤ على أن :" ترعى الدولة الإنتاج و تعمل على تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية ". كما ألغيت من الدستور أية عبارات تشير صراحة أو ضمنا إلى النظام الاشتراكي و ذلك في المواد :١ و ١٢/ ١ و ٣٠ و ٣٣ و ٣٧ و ٥٦/٦ و ٥٩ و ٧٣ و ١/١٢٠ من الدستور (١) .

ثانياً : إزالة التنظيم

فرض النظام الاشتراكي تدخل الدولة في ميادين عدة لكن فشل هذا التدخل دفع الدولة إلى الإنسحاب من حقل التنظيم والتحرير الاقتصادي عن طريق مجموعة من الإجراءات منها تحرير التجارة الخارجية وإلغاء النصوص المقيدة للاستثمار .

١- تحرير التجارة الخارجية :

لقد مارست الإدارة عدة قيود للسيطرة على التجارة الخارجية من خلال نظم تراخيص الإستيراد أو قوائم الحظر ،فضلا عن تطبيق أسعار صرف متعدد طبقا لمختلف المعاملات و تحديد أسعار صرف العملة الوطنية عند مستويات مغالي فيها ، و الرسوم الجمركية على الواردات والتسعير الإداري الذي لا يعكس حقيقة الندرة في المواد الاستهلاكية وقلة الإنتاج.

وقد بذلت عدة محاولات بشأن إدخال تعديلات على هيكل التعريفة الجمركية فصدر القرار الجمهوري رقم ٣٥١ لسنة ١٩٨٦ و عدل بالقرار الجمهوري رقم ٣٠٤ لسنة ١٩٨٩ وقد استهدفت هذه التشريعات معالجة ما ترتب على تعدد التنظيمات والإعفاءات في الفترات السابقة من فقدان التعريفة لكفاءتها والحد من فعاليتها في تحقيق الأهداف ، كما تم إلغاء لجان ترشيد الاستيراد والتي تتحكم في عمليات الاستيراد تماما، و استحدثت بدلا منها قائمة حظر تتضمن عددا معينا من السلع بحيث يكون في الإمكان استيراد أي سلعة فيما عدا السلع المنصوص عليها في القائمة.

---

(١) د. محمد صلاح الدين عبد البديع السيد : الحماية الدستورية للحريات العامة بين المشرع والقضاء- دار النهضة العربية - طبعة ٢٠٠٩ - ص ٢٩٨، ٣١١.

إلا أن ذلك لم يكفل في حقيقة الأمر حرية الإستيراد نتيجة للإجراءات و النظم الإدارية المعقدة منها إشتراط الحصول على موافقة حكومية معينة ، وإشتراط مواصفات فنية معينة في السلع المستوردة و ضرورة توافر مراكز خدمة وصيانة ، وكذلك وقف فتح الاعتمادات لتمويل عمليات إستيراد القطاع الخاص في فترة اشتداد ندرة النقد الأجنبي.

وفي إطار برنامج التحرير الاقتصادي و الإصلاح الشامل ، تم إصدار لائحة جديدة للإستيراد و التصدير في مايو ١٩٩١ تتضمن تيسيرات كبيرة لتحرير التجارة الخارجية و من أهم هذه السمات([١]):

١- التحرير لقوائم السلع الموقوف استيرادها بهدف تحول إدارة الواردات من خلال الأدوات السعرية مثل التعريفة الجمركية وسعر الصرف بدلا من الأدوات الكمية .
٢- تبسيط إجراءات التصدير و الإستيراد وتقليص دور الأجهزة الحكومية تدريجيا في إصدار الموافقات على عمليات الإستيراد و التصدير.
٣- إزالة القيود على إستيراد الخامات و مستلزمات الإنتاج و قطع الغيار ، لأن كل قيد يمثل تكلفة وإزالته تؤدي إلى تخفيض تكاليف الإنتاج وبالتالي زيادة فرص التصدير.
٤- المساواة بين القطاعين العام و الخاص و إتاحة الفرص المتساوية لكل منها في مجال التجارة الخارجية ، وبالتالي زال احتكار الدولة للتجارة الخارجية كما كان في ظل اللائحة القديمة .

وكذلك تم توحيد الفئة الجمركية بين ما يستورده القطاع الخاص و قطاع الأعمال العام و احتفظ قانون الإستيراد بحق وزير التجارة بأن يقصر استيراد السلع الأساسية على جهات القطاع العام فالسلع الأساسية تشكل حجر الزاوية في الحفاظ على النظام العام لتعلق ذلك بأغراض الضبط الإداري المألوفة .

كما أنه و تحقيقا للأمن الغذائي صدر قرار وزير الزراعة رقم ٦٣٧ لسنة ٢٠٠٣ بشأن حظر استيراد الأبقار الحية ، ومنتجاتها ومصنعاتها و المخلفات ومركزات و إضافات الأعلاف المحتوية على مسحوق اللحم لمدة ثلاثة أشهر من الدول الأوربية ، ويستمد وزير الزراعة سلطته في هذا الشأن من القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٥٦ بشأن الزراعة حيث نصت المادة ١٠٨ منه على أن لوزير الزراعة بقرار يصدره تنظيم تصدير و إستيراد الحيوانات و الدواجن و الطيور الحية وله حظر التصدير أو الإستيراد متى اقتضت ذلك تنمية الثروة الحيوانية أو المحافظة عليها . ([٢])

[١] د. محمود الطنطاوي الباز و الدكتورة سهير محمود معتوق – إقتصاديات النقود والبنوك والتجارة الخارجية - مكتبة عين شمس – طبعة ٢٠٠٢، ٢٠٠٣ ص٣٣٤، ٣٣٩
[٢] د . أحمد محمد مصطفى نصير – دور الدولة إزاء الاستثمار – رسالة دكتوراه سنة ٢٠٠٩ – جامعة القاهرة – ص ٧٧٣-٧٧٤

٢- إلغاء النصوص المقيدة للاستثمار

عملت الدولة على تشجيع الاستثمار المحلي و الأجنبي منذ انتهاج سياسة الانفتاح الاقتصادي في السبعينات، حيث صدرت عدة تشريعات تضمنت العديد من الحوافز و المزايا للمستثمرين بهدف تهيئة المناخ الاستثماري لاستقبال وتأمين الاستثمارات الأجنبية لسد فجوة التمويل المحلية التي تعاظمت بعد حرب أكتوبر ١٩٧٣.

ولقد كان للقانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧١ الفضل في بداية تشجيع رأس المال الأجنبي على دخول البلاد ، ثم جاء القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ بشأن تشجيع الاستثمار الأجنبي و المناطق الحرة وتعديلاته الصادرة بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٧٧ البداية للاستثمار والمباشر منه بصفة خاصة، ثم صدر القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٧٩ و الخاص بالاستثمار الأجنبي في المدن والمجمعات العمرانية، حيث ألغي التمييز بين المستثمر الأجنبي و المستثمر المحلي في هذه المناطق مع تبسيط إجراءات الحصول على ترخيص الاستثمار وبدء النشاط لكليهما.

وصدر قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ ليؤكد عدم جواز تأميم المشروعات أو مصادرتها وعدم جواز الحجز على أموالها أو الإستيلاء عليها أو تجميدها أو مصادرتها أو التحفظ عليها أو فرض الحراسة عليها ، وعدم جواز نزع ملكيتها إلا للمنفعة العامة و بتعويض عادل وفقا لقيمتها السوقية.

كما صدر القانون رقم ٢٣٠ لعام ١٩٧٩ ليقدم ضمانات أكبر للمستثمر الأجنبي كما تضمن القانون رقم ٠٨ لسنة ١٩٩٨ العديد من التيسيرات للمستثمرين، ثم صدر القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٤ وقدم العديد من الضمانات أهمها : عدم جواز التأميم أو المصادرة أو الحجز على أموال الشركة أو الاستيلاء أو التحفظ عليها أو تجميدها بالطريق الإداري،وكذلك عدم التدخل في تسعير المنتجات أو تحديد الأرباح، أو إلغاء التراخيص بالإنتفاع بالعقارات إداريا دون مقتضى ، كما ضمن القانون الحق في تملك أراضي البناء أو العقارات المبنية لمباشرة النشاط الاستثماري أو التوسع فيه مع إباحة الحق في الإستيراد و التصدير.[1]

---

[1] د. فريد أحمد قبلان – الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول العربية - دار النهضة العربية - طبعة ٢٠٠٨ – ص:٢٣٧-٢٣٩.

الفرع الثاني :

إنسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي في الجزائر

إن التدخل المتزايد للدولة في المجال الاقتصادي أدى إلى وقوع أزمات متعددة، دفعتها إلى التفكير في وضع قواعد جديدة ذات طابع ليبرالي تختلف عما هو قائم في النظام الاشتراكي وهي خوصصة النشاط الاقتصادي و إزالة التنظيم .

أولا : خوصصة الحقل الاقتصادي :

يتطلب بناء إقتصاد السوق انسحاب الدولة من المجال الاقتصادي وفتح المجال أمام المبادرة الخاصة ، وذلك بتكريس مجموعة من المبادئ الليبرالية وهي[١]:

١- حرية التجارة و الصناعة :

إن الجزائر وإن انتهجت سابقا نظاما إشتراكيا، هيمنت من خلاله ولفترة معتبرة من الزمن على الحقل الاقتصادي ، إلا أن ظاهرة العولمة فرضت عليها تحولات جذرية، أرغمتها على فتح المجال للمبادرة الخاصة بتكريسها مبدأ حرية التجارة و الصناعة في المادة٣٧ من دستور ١٩٩٦ والتي تنص على أن حرية التجارة و الصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون ". فنص المادة ٣٧ من الدستور ما هو إلا تأكيد على نية إتجاه المشرع نحو تكريس النصوص القانونية ذات الطابع الليبرالي.

وحسب القضاء الفرنسي فإن تطبيق مبدأ حرية التجارة والصناعة بالمفهوم الكلاسيكي الحر يؤدي إلى نتيجتين، تتمثلان في أن هذا المبدأ قد ينظر إليه من خلال التصور الأصلي والتصور التدخلي.

فالتصور الأصلي لمبدأ حرية التجارة و الصناعة يعني الحرية المطلقة في الوصول إلى مختلف النشاطات و المهن لممارستها ، وتكون هذه النشاطات مخصصة أولا للأشخاص الخاصة سواء كانت طبيعية أو معنوية ، دون الأشخاص العامة فالإدارة لا يمكن لها التدخل إلا في الوظائف التي لا يستطيع الأفراد القيام بها، لكن الأشخاص العامة يمكن أن تقوم بأي نشاط تجاري عندما يسمح بذلك صراحة نص تشريعي قصد تحقيق منفعة عامة.

أما التصور التدخلي للمبدأ، يعني أن الدولة تتدخل في الاقتصاد كموجه ومنسق للنشاط الاقتصادي ، لتحقيق المنفعة العامة، والإستجابة لحاجيات المجتمع، والتالي عند تطبيق مبدأ حرية التجارة والصناعة يعد تدخل الدولة أمر استثنائي، فحسب المادة ٣٧ من دستور

---

[١] نزليوى صليحة : سلطات الضبط المستقلة آلية للانتقال من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة –الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي – جامعة عبد الرحمان ميرة الجزائر .

١٩٩٦، فمبدأ حرية التجارة و الصناعة يمارس إستنادا إلى مجموعة من المبادئ و القواعد التي يتضمنها القانون الأساسي، كالعدالة الاجتماعية.

٢- خوصصة المؤسسات العمومية الاقتصادية

يقصد بالخوصصة تحويل ملكية المؤسسات العمومية إلى الخواص، وتعتبر هذه العملية نتيجة منطقية للإنتقال من النظام الاقتصادي الاشتراكي المسير إداريا في إطار التخطيط المركزي إلى نظام إقتصاد السوق فالخوصصة تهدف إلى بناء إقتصاد قائم على قواعد المنافسة، أين يكون للدولة دور المنظم مما سيسمح بتحقيق الفعالية الاقتصادية .

ظهرت فكرة الخوصصة لأول مرة في قانون المالية التكميلي لسنة ١٩٨٤، الذي نص على إمكانية فتح رأسمال المؤسسة للمساهمين الخواص، بالإضافة إلى إمكانية التنازل عن أصول المؤسسات لفائدة الخواص.

ثم صدر دستور ١٩٩٦ الذي ينص على اختصاص السلطة التشريعية في وضع القواعد الخاصة لنقل الملكية من القطاع العام إلى القطاع الخاص ، حيث تنص المادة ١٢٢ منه على أنه :" يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور وكذلك في المجالات التالية :......قواعد نقل الملكية من القطاع العام إلى القطاع الخاص ".

وبذلك انطلقت عملية الخوصصة منذ سنة ١٩٩٦ بمجموعة من المؤسسات وذلك بعد المصادقة على برنامج الخوصصة في سنة ١٩٩٥ لكن عمليا لم يتم تنفيذ البرنامج بسبب تضارب الاختصاص بين عدة جهات تتدخل في العملية، إلى حين وضع قانون رقم٠١-٠٤ المتعلق بتنظيم المؤسسات الاقتصادية وسيرها و خوصصتها، الذي جاء بتعريف الخوصصة في المادة ١٣ منه التي نصت على أنها : " كل صفقة تتجسد في نقل الملكية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية، وتشمل هذه الملكية: كل رأسمال المؤسسات أو جزء منه تحوزه الدولة مباشرة أوبصفة غير مباشرة أو الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون العام ، وذلك عن طريق التنازل عن أسهم أو حصص إجتماعية أو اكتتاب لزيادة في رأس المال " ومن أجل الإشراف على عملية الخوصصة أنشئ مجلس لمساهمات الدولة يترأسه رئيس الحكومة يكفل بتحديد الإستراتيجية الشاملة في مجال مساهمات الدولة.

ورغم تراجع هذه العملية لعدم وضوح الأهداف المنتظرة منها، وتخوف جهات كثيرة من آثار هذا الإنسحاب على الاقتصاد الوطني، إلا أنها تعتبر حسب المؤسسات المالية الدولية وسيلة ضرورية لتكريس الانفتاح على الاستثمار الأجنبي والاقتصاد العالمي وتسمح بخلق مجال إقتصادي تنافسي.

٣- إزالة الاحتكارات العمومية

هيمنت الدولة الجزائرية ولفترة معتبرة على الحقل الاقتصادي عن طريق نظام الاحتكارات، أين كانت المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي هي المسيطرة على النشاط الاقتصادي إلى حين صدور المرسوم رقم ٨٨-٢٠١ المؤرخ في ١٨ اكتوبر ١٩٨٨، المتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط إقتصادي أو احتكار، إلا أن تطبيق هذا المرسوم واجه العديد من العوائق منها: أن المؤسسات الاشتراكية إكتسبت حق الاحتكار عن طريق التشريع ووفقا لقاعدة توازي الأشكال لا يمكن أن يلغي المرسوم قواعد تشريعية، كذلك غياب الإطار القانوني الذي يتم من خلاله تشجيع المبادرات الخاصة بالاستثمار، حيث نص القانون رقم ٨٨-٢٥ المتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية في المادة الخامسة منه. " لا يمكن انجاز الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية في النشاطات المعتبرة إستراتيجية بموجب القانون المتضمن المخطط و التشريع المعمول به ولاسيما النشاطات المتعلقة بالنشاط المصرفي والتأمينات والمناجم والمحروقات، والصناعة القاعدية، الحديد والصلب والنقل الجوي والسكك الحديدية والنقل البحري وبصفة عامة كافة النشاطات المتعلقة بتسيير الأملاك الوطنية ".

وفضلا عن ذلك هو أن دستور ١٩٧٦ الذي ينص على المذهب الاشتراكي الذي يعتبر أن الملكية العامة لوسائل الإنتاج أهم قواعده، إلى حين صدور دستور ١٩٨٩ أين تمكن المشرع من وضع قواعد الليبرالية حيز التطبيق فدستور ١٩٨٩ تخلى عن المبادئ الاشتراكية ومن أهم التشريعات التي ركزت على التحول الليبرالي : قانون القرض و النقد لسنة ١٩٩٠ أين زال احتكار الدولة للقطاع المصرفي و المالي إلى جانب المجال المصرفي إستفاد مجال الإعلام من إصلاحات إقتصادية إذ فتح القانون رقم ٩٠-٠٧ المتعلق بالإعلام المجال للخواص وهو ما أكدته صراحة المادة٠٣ منه بنصها :" يمارس حق الإعلام بحرية مع إحترام كرامة الشخصية الإنسانية ومقتضيات السياسة الخارجية و الدفاع الوطني ." كما صدرت نصوص قانونية حررت عددا من النشاطات منها قطاع التأمينات سنة ١٩٩٥ .كما حررت بعض النشاطات ذات الطابع المرفقي مثل قطاع التعليم في سنة ١٩٩٩ و المواصلات السلكية و اللاسلكية في سنة ٢٠٠٠ و المناجم سنة ٢٠٠١ ثم حررت في سنة ٢٠٠٠ قطاع التعليم و قطاع المياه .[1]

ثانيا - إزالة التنظيم

فرض النظام الاشتراكي على السلطة العامة سن نصوص قانونية غزيرة وصفت بالانفرادية والاستبدادية، بموجبها تتدخل الدولة لتنظيم مختلف النشاطات الاقتصادية إلا أن

[1] Rachid zouaimia - droit de la régulation économique - édition Berti - 2009 p :7-10

التجربة أثبتت فشلها مما دفع الدولة إلى الإنسحاب من حقل التنظيم و تحرير النشاط الاقتصادي في إطار ما يعرف بإزالة التنظيم، بفتح التجارة الخارجية أمام المتعاملين الاقتصاديين، و إلغاء النصوص المقيدة للاستثمار وتكريس مبدأ حرية الأسعار ، كما مست ظاهرة إزالة التنظيم المؤسسة العامة الاقتصادية التي استفادت من هذا التحول بالإنتقال من المرحلة التنظيمية إلى المرحلة التعاقدية وهذا ما سنتطرق إليه كالتالي:[(١)]

١- فتح مجال التجارة الخارجية أمام المتعاملين الاقتصاديين

يظهر تحكم و احتكار الدولة للتجارة الخارجية في مجال الإستيراد إذ شرعت الجزائر في ذلك مباشرة بعد الإستقلال عندما قامت بتأميم كلي للتجارة الخارجية ، لكن ذلك لم يظهر قانونا إلا في دستور الجمهورية الجزائرية لسنة ١٩٧٦ ، حيث نصت المادة ١٤ منه " على أن يشمل احتكار الدولة بصفة لا رجعة فيه، التجارة الخارجية ، وتجارة الجملة". و تجسيدا لمبدأ احتكار الدولة للتجارة الخارجية صدر قانون ٧٨-٠٢ المتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية الذي كرس احتكار الدولة التام للتجارة الخارجية و اتساعه لكل المواد و الخدمات، كما جعل هذا القانون إبرام العقود الخاصة باستيراد أو تصدير البضائع و الخدمات مع المؤسسات الأجنبية من قبيل الاختصاص المطلق للدولة ، أو إحدى هيئاتها، واستبعاد المقاولة الخاصة من هذا المجال.

إلا أن السياسة الاحتكارية التي إنتهجتها الدولة بعد الإستقلال لم تصمد طويلا أمام تفاقم حجم الديون الخارجية ، وتحت ضغط صندوق النقد الدولي ، إضطرت الجزائر تطبيق برنامج تصحيح هيكلي شرعت بموجبه في تحرير التجارة الخارجية بصفة تدريجية.

ففي سنة ١٩٨٦ صدر القانون رقم ٨٨-٢٩ الذي قلص من احتكار الدولة للتجارة الخارجية، حيث سمح للمؤسسات الخاصة الوطنية بالتدخل في مجال التجارة الخارجية لكن قيده بشرط الحصول على رخصة الاستيراد.

ثم جاء المرسوم التنفيذي رقم ٩١-٣٧، الذي فتح مجال التجارة الخارجية أمام كل مؤسسة تنتج سلعا وخدمات مسجلة في السجل التجاري، وكل مؤسسة عمومية وكل شخص طبيعي أو معنوي يمارس وظيفة تاجر بالجملة مسجل في السجل التجاري، يعمل لحسابه أو لحساب الغير بما في ذلك الإدارة.

وقد تم التحرير الفعلي للتجارة الخارجية بصدور القانون رقم ٩١-٠٣ حيث تنص المادة الأولى منه :" يمكن لأي شخص طبيعي أو معنوي مسجل قانونا في السجل التجاري ان يقوم ابتداء من أول ابريل ١٩٩١ باستيراد أية منتوجات أو بضائع ليست ممنوعة و لا

---

[١] نزيليوى صليحة – المرجع السابق ص :١١-١٦ .

مقيدة، وذلك بمجرد أن يكون له محل مصرفي و دون أية موافقة أو رخصة قبلية ثم تلاه بعد ذلك صدور الأمر ٠٣-٠٤ الذي نص صراحة في المادة ٢ منه أنه:" تنجز عمليات استيراد المنتوجات وتصديرها بحرية، تستثني من مجال تطبيق هذا الأمر عمليات إستيراد و تصدير المنتوجات التي تخل بالأمن و بالنظام العام و الأخلاق ".

وبذلك تم تحرير التجارة الخارجية بعد أن بقيت ولفترة تخضع لتنظيمات إنفرادية صادرة من الدولة.

٢- إلغاء النصوص المقيدة للاستثمار

شهدت مرحلة التخطيط الاشتراكي سيطرت الدولة على كل النشاطات و القطاعات الاقتصادية والتي اعتبرت ملك للدولة وحدها، لا تقبل المنافسة فيها فقد احتكرت الدولة مجالات متنوعة تمتد من الإنتاج إلى تسويق المحروقات، و إستغلال المناجم، النقل البحري والجوي ... وبموجب الأمر ٦٦-٢٨٤ المتضمن قانون الاستثمارات والقانون رقم ٨٨-٢٥ المتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية وتلته مجموعة من القوانين منها القانون رقم ٨٢-١١ المتعلق بالاستثمار، الذي قيد في مادته الثانية حجم الاستثمار الوطني الخاص من حيث مبلغ المشروع المراد إنجازه ومنع الخواص من ممارسة نشاطات متعددة كما أضاف إجراء إلزامي يتمثل في الاعتماد المسبق قبل إنجاز أي مشروع استثماري.

كما فرضت الدولة رقابتها عن طريق فرض إجراءات صارمة وإستحداث أجهزة إدارية لمراقبة الاستثمار الخاص ، منها اللجنة الوطنية للاستثمارات التي نص عليها الأمر ٦٦-٢٨٤ المتضمن قانون الاستثمارات ،واستحدثت لجان جهوية وولائية ولجنة وطنية يترأسها الوزير المكلف بالتخطيط والتهيئة العمرانية، كما إستحدثت الديوان الوطني لتوجيه الاستثمار الخاص في سنة ١٩٨٣ بموجب المرسوم رقم ٨٣-٩٩ ، وتم بعد ذلك إنشاء مجلس القرض و النقد بموجب القانون رقم ٩٠-١٠ الذي اسند إليه بموجب المادة ١٨٥ صلاحية إبداء الرأي بالمطابقة في كل مشروع استثماري أجنبي يقام في الجزائر إذ لا يمكن لأي مستثمر غير مقيم أن يباشر باستثمار أمواله في الجزائر إلا بعد موافقة مجلس القرض و النقد عن طريق إبداء رأيه بالمطابقة، و يتمتع المجلس بسلطة تقديرية في منح قرار المطابقة من عدمه ، ومراقبة و إعتماد الاستثمار الأجنبي في الجزائر.

وعلى هذا الأساس يتضح جليا أن الاستثمار الخاص في الجزائر طوال هذه الفترة عانى من الإقصاء و التهميش فلم يسمح له بالتدخل سوى في قطاعات ثانوية، وأخضع لنظام رقابة صارم واستمر الوضع إلى غاية صدور قانون الاستثمارات في سنة ١٩٩٣ أين إعترف المرسوم التشريعي رقم ٩٣-١٢ للخواص بحرية الاستثمار في حدود القانون،

بعدما كانوا لا يستثمرون إلا في قطاعات ثانوية، وتجريد مجلس القرض والنقد من صلاحية تنظيم ومنح الاعتماد المسبق للمستثمر الأجنبي.

ليتم بعدها حل مختلف الهياكل الإدارية في مجال الاستثمار، وقصد تبسيط الإجراءات و إزالة العراقيل، وتم تعويضها بوكالة ترقية الاستثمار والتي أصبحت تعرف بالوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار بموجب الأمر ٠١ - ٠٣ وخولت لها صلاحية تلقي التصريحات بالاستثمار، بعد إلغاء شرط الاعتماد المسبق، ولتسهيل مهامها تم إحداث شباك وحيد لا مركزي داخل الوكالة يسهل للمستثمر الشروع في انجاز مشروعه ، كما جعل الأمر رقم ٠١-٠٣ الاستثمارات تنجز في حرية تامة في أنشطة إقتصادية مختلفة بعدما منح المرسوم التشريعي ٩٣-١٢ المستثمرين سواء كانوا جزائريين أو أجانب من إمكانية الاستثمار في الأنشطة الاقتصادية المحفوظة للدولة أو أحد فروعها.

أما بالنسبة لحجم الاستثمار فلم يعد له أثر في قانون الاستثمار الجزائري.

٣- تكريس مبدأ حرية الأسعار

نتجت عملية تحرير الأسعار في إطار بناء إقتصاد السوق، بحيث يجب التخفيض من حجم تدعيم الدولة للأسعار لأسباب سياسة أو إجتماعية، وتفادي أخطار التضخم ،. من اجل ذلك وفي سنة ١٩٨٩ صدر قانون الأسعار رقم ٨٩-١٢ الذي كرس حرية الأسعار استنادا للمادة ٣ منه التي نصت على :" يخضع وضع نظام الأسعار و إعداد التنظيم الخاص بهما للمقاييس التالية : حالة العرض و الطلب ...".

وقد تم التحرير الحقيقي للأسعار بموجب قانون المنافسة لسنة ١٩٩٥ ، الذي أقر مبدأ المنافسة ، والمبدأ ذاته نص عليه الأمر الملغي للأمر ٩٥-٠٦.

غير أنه وإن كان المبدأ العام هو حرية الأسعار ، نجد بأن المشرع قد أورد إستثناء تضمنته المادة ٥ من الأمر ٠٣-٠٣ التي تنص :" يمكن تقنين أسعار السلع و الخدمات التي تعتبرها الدولة ذات طابع استراتيجي بموجب مرسوم ، بعد أخذ رأي مجلس المنافسة ، كما يمكن اتخاذ تدابير استثنائية للحد من إرتفاع الأسعار في حالة إرتفاعها المفرط بسبب إضطراب خطير للسوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التموين داخل قطاع نشاط معين أو في منطقة جغرافية معينة ، أو في حالة الاحتكارات الطبيعية ".

كما أنه تم إنشاء مجلس المنافسة لمحاربة كل ما يمس ويخل بالمنافسة الحرة.

٤. مبدأ حرية التعاقد

لقد شهدت المؤسسة العمومية الاقتصادية ، الإنتقال من المرحلة التنظيمية إلى المرحلة التعاقدية ويتجلى ذلك في مجال العقود و علاقة المؤسسة بعمالها فكانت المؤسسات العمومية الاقتصادية خاضعة لقانون الصفقات العمومية ثم صدر القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية ، وأخضعها للقانون المدني و التجاري وبذلك أصبحت تتمتع بحرية التعاقد.

كما أنه في ظل النظام الاشتراكي فقد نظمت الدولة عقود العمل وفق نماذج معينة لا تخضع لتعديل المؤسسات العمومية الاقتصادية وقد ذهب بعض الفقة إلى اعتبارها من قبيل عقود الإذعان لكن انتقد هذا الإتجاه على أنه لا يوجد شروط إذعان مفروضة من طرف المؤسسة بل فرضت من طرف الدولة وهذا ما ذهب بالبعض إلى اعتبارها من قبيل العقود الموجهة أو المبرمجة ، إلا أنه بصدور القانون ٩٠-١١ المنظم لعلاقات العمل في ٢١ ابريل ١٩٩٠ حل العقد محل التوجيهات و التنظيمات.

كما إستفاد المجال المصرفي من ظاهرة إزالة التنظيم ، لما تخلت السلطة التنفيذية مجسدة في وزير المالية ، عن اختصاصها في تحديد نسبة الفوائد على القروض ليحول هذا الاختصاص للبنوك.

لكن حتى وإن انسحبت الدولة من الحقل الاقتصادي ، فإن هذا الأخير يحتاج إلى تواجد السلطة العامة فيه ، و إلا سادت الفوضى ، وتحولت المنافسة الحرة إلى خلق جو من الاحتكارات الخاصة و القضاء على الشركات الصغيرة ...فكان لابد على الدولة التفكير في إيجاد آلية لمراقبة النشاط الاقتصادي وضبط السوق ، وتجسد ذلك في إنشاء السلطات الإدارية المستقلة التي أوكلت لها مهمة ضبط النشاط الاقتصادي ، من خلال منحها الاختصاصات التي كانت في الأصل تعود للإدارة التقليدية .

المطلب الثاني :

السلطات الإدارية المستقلة لضبط النشاط الاقتصادي

إن إنسحاب الدولة من التدخل في النشاط الاقتصادي لا يعني غياب دورها التنظيمي وذلك لضبط قواعد المنافسة المشروعة وقد يستلزم ذلك إنشاء الهيئات الإدارية المستقلة ، وعليه لدراسة هذا المطلب سوف نتطرق في الفرع الأول إلى ظهور السلطات الإدارية المستقلة وفي الفرع الثاني إلى مفهوم السلطات الإدارية المستقلة وفي الفرع الثالث إلى وظائف السلطات الإدارية المستقلة .

الفرع الأول:

ظهور السلطات الإدارية المستقلة

إن السلطات الإدارية المستقلة تشكل اليوم الوجهة الجديد لدور الدولة في مراقبة النشاط الاقتصادي ، وأول ظهور لها كان في القانون المقارن ، سواء كان ذلك في الولايات المتحدة الأمريكية أو في في بريطانيا ، كما ظهرت وتطورت في القانون الفرنسي، وظهورها في مصر و الجزائر ما هو إلا تقليد للنظم المقارنة.

أولا : ظهور السلطات الإدارية المستقلة في القانون المقارن

ظهرت السلطات الإدارية المستقلة لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية ، ذلك بإنشاء أول مؤسسة مستقلة وذلك عام ١٨٨٩ ، وهي اللجنة التجارية بين الولايات Irerstates Commerce Commission وكانت هذه اللجنة تتبع وزارة الداخلية منذ إنشائها عام ١٨٨٧ وتم فصلها عنها عام ١٨٨٩ لتصبح هيئة مستقلة ، ومنذ مطلع الثلاثينيات قام الكونغرس الأمريكي بإنشاء العديد من المكاتب و المؤسسات المستقلة ، فهذه الهيئات التي تعرف بـ Independant Agencie . تشمل مجموع الميادين و القطاعات منها التي انطلقت أساسا لمحاربة الكارتلات الاقتصادية و المعاملات التجارية غير المشروعة و كذلك Security and Exchange commission و التي يتمثل دورها في مراقبة السوق المالي و البورصة ،ولتبرير وجودها يرى بعض الكتاب أنها وجدت أساسا لمحاولة تطبيق الحياد السياسي لإدارة مجتاحة ،ترقية الاختصاصات المهنية ، ضمان إستقرار الهيئات الموضوعة تحت حماية الكونغرس .

أما بريطانيا فقد ظهرت هذه السلطات الإدارية المستقلة منذ فترة طويلة تحت تسمية

Quasi Autonomus non Gouvernemental Organisation ((QUANGOS))

التي يقصد بها المنظمات غير الحكومية شبه المستقلة ومن بينها هيئة الإذاعة البريطانية سلطة الطيران المدني، مركز دراسات البيئة .

أما في فرنسا، فإن أول مرة يطلق فيها المشرع الفرنسي صفة السلطة الإدارية المستقلة كان عام ١٩٧٨، وذلك بمناسبة إنشاء اللجنة الوطنية للإعلام والحريات(CNIL) Comission Nationale de l'informatique et des libertés التي كيفت صراحة بسلطة إدارية مستقلة،وأن هذه اللجنة لا تخضع للسلطة الرئاسية ولا للوصاية الإدارية.

وتم بعد ذلك إنشاء هيئات أخرى من نفس النموذج وأهمها الهيئة العليا للسمع البصري La haute autorité de l'audiovisuel وتم إنشاء اللجنة المتعلقة بشفافية و تعددية الصحافة في قانون ٢٣ أكتوبر ١٩٨٤ Commission pour la transparence et le pluralisme de la presse . ولجنة عمليات البورصة.[١]

ثانيا: ظهور السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر

إن المجالات والأنشطة التي تخضع لهذا النوع من التنظيم هي في معظمها كانت حكراً على الدولة وأصبحت تخضع لقواعد المنافسة الحرة من وقت قريب وتتمثل هذه النشاطات في:

-النشاطات البنكية والمالية.

- نشاطات البورصة.

- الاتصالات.

- الطاقة والكهرباء.

- التنقيب واستغلال المناجم .

كما أنه وإن خضعت هذه المجالات لسلطات إدارية مستقلة إلا أن جميع النشاطات الاقتصادية تخضع لقواعد المنافسة .

وأول هيئة إدارية مستقلة تم إنشائها هي المجلس الأعلى للإعلام بموجب القانون رقم ٩٠-٠٧ المتعلق بالإعلام، لكن تم إلغاء أحكامه بموجب المرسوم التشريعي رقم ٩٣-١٣

١ راشدي سعيدة: مفهوم السلطات الإدارية المستقلة - الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي ,ص٤٠٩-٤١٠

المؤرخ في ٢٦-١٠-١٩٩٣، وتم حله بموجب المرسوم الرئاسي رقم ٩٣-٢٥٢ المؤرخ في ٢٦-١٠-١٩٩٣ وتتمثل السلطات الإدارية المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي في :

١- مجلس النقد والقرض: الذي أنشئ بموجب القانون رقم ٩٠-١٠ المتعلق بالنقد والقرض المؤرخ في ١٤افريل ١٩٩٠ ثم صدر الأمر رقم ٠٣-١١ المؤرخ في ٢٦ أوت ٢٠٠٣ المتعلق بالقرض والنقد وألغى كافة الأحكام السابقة أين أصبح يتمتع هذا الأخير بسلطة إصدار الأنظمة و القرارات الفردية، أي أداة مشرعة في المجال المصرفي، مع الإشارة إلى أنه لا يتمتع بالشخصية المعنوية، كما لم يشر القانون في أحكامه إلى الطبيعة القانونية لمجلس القرض والنقد.

٢- اللجنة المصرفية: أنشئت بموجب القانون رقم ٩٠-١١ لتراقب مدى إحترام البنوك والمؤسسات المالية للأحكام التشريعية و التنظيمية المطبقة عليها ، من جهة، وقواعد حسن سير المهنة من جهة أخرى، وتتولى كذلك البحث عن المخالفات التي يرتكبها الأشخاص غير المرخص لهم بممارسة النشاطات المصرفية.

٣ ـ لجنة تنظيم عمليات البورصة: أنشئت بموجب المرسوم التشريعي رقم ٩٣-١٠ المؤرخ في ٢٣ ماي ١٩٩٣ المتعلق ببورصة القيم المنقولة ، وعدلت أحكام هذا المرسوم بموجب المرسوم التشريعي رقم ٠٣-٠٤ المؤرخ في ١٧ جانفي ٢٠٠٤ الذي كيف هذه اللجنة بأنها سلطة ضبط مستقلة لتنظيم عمليات البورصة.

٤- مجلس المنافسة: أنشئ بموجب الأمر رقم ٩٥-٠٦ المتعلق بالمنافسة والذي تم إلغاءه بموجب الأمر رقم ٠٣-٠٣ المتعلق بالمنافسة، أين تم تكييف مجلس المنافسة صراحة كسلطة إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي.

٥ ـ سلطة الضبط للبريد و المواصلات: أنشئت بموجب القانون رقم ٢٠٠٠-٠٣ المؤرخ في ٠٥ أوت ٢٠٠٠ المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية و اللاسلكية والتي كيفها المشرع على أنها سلطة مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي.

٦- هيئات الضبط في المجال المنجمي: تتمثل هذه الأجهزة في كل من الوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية من جهة و الوكالة الوطنية للجيولوجيا والمراقبة المنجمية من جهة أخرى، والتي أنشئت بموجب القانون رقم ٠١-١٠ المؤرخ في ٠٣ جويلية ٢٠٠١ المتضمن قانون المناجم والتي كيفها المشرع صراحة بالسلطات الإدارية المستقلة، وتتمتعان بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، ولقد أنشئت قصد تسيير المنشآت الجيولوجية والممتلكات المنجمية ومراقبة المناجم.

٧- لجنة ضبط الكهرباء والغاز: أنشئت لجنة ضبط الكهرباء والغاز بموجب الأمر رقم ٠٢-٠١ المؤرخ في ٠٥ فيفري ٢٠٠٢ المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات كيفت بهيئة مستقلة تتمتع بالشخصية القانونية و الإستقلال المالي.

٨- سلطة ضبط النقل: تم إنشاءها بموجب قانون المالية لسنة ٢٠٠٣ التي كيفت بسلطة ضبط تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي.

ثالثاً: ظهور السلطات الإدارية المستقلة في مصر

تتميز جمهورية مصر العربية شأنها شأن باقي الدول بظهور السلطات الإدارية المستقلة منها:

١- **الهيئة العامة لشئون التمويل العقاري**: المنصوص عليها في قانون التمويل العقاري رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١ ولائحته التنفيذية والمنشأة بموجب قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٧٧ لسنة ٢٠٠١.

٢- **جهاز تنظيم مرفق الإتصالات السلكية واللاسلكية**: المنصوص عليها في قانون تنظيم الإتصالات رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣ ولائحته التنفيذية والمنشأة قبل ذلك بقرار رئيس الجمهورية رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٨.

٣- **الهيئة العامة لسوق المال**: المنشأة بقرار رئيس الجمهورية رقم ٥٢٠ لسنة ١٩٩٧.

٤- **جهاز تنظيم مرفق الكهرباء وحماية المستهلك**: المنشأ بقرار رئيس الجمهورية رقم ٣٢٦ لسنة ١٩٩٧ .

٥- **جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية**: المنصوص عليه في القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ ولائحته التنفيذية .

٦- **جهاز حماية المستهلك**: المنصوص عليها في قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ ولائحته التنفيذية .

٧- **الهيئة المصرية للرقابة على التأمينات**: المنصوص عليها في قانون الرقابة والإشراف على التأمين في مصر رقم ١٠ لسنة ١٩٨١ ولائحته التنفيذية .

مبررات ظهور السلطات الإدارية المستقلة :

إن البحث عن مبررات ظهور السلطات الإدارية المستقلة يجد الإجابة عنه في القانون المقارن أين ظهرت هذه الهيئات الإدارية في الدول الغربية ولم تظهر في الجزائر ومصر إلا عن طريق التقليد.

فمثلا في الولايات المتحدة الأمريكية، إتجه الفقهاء إلى سرد العديد من المبررات مثل الحياد السياسي لإدارة مجتاحة ،تعزيز التخصص المهني، ضمان استقرار الهيئات الموضوعة تحت رقابة البرلمان، تحسين تناسق وعقلانية القرارات الإدارية

وبالنسبة لفرنسا فإن ميلاد الهيئات الإدارية المستقلة بالنسبة لبعض الفقهاء مرتبط بضرورة تصحيح الحالة الناشئة عن تخلي الدولة عن التدخل المباشر في النشاط الاقتصادي ،وذلك حفاظا على المصلحة العامة أين لا يمكن إسناد هذه المهام إلى الإدارة الكلاسيكية، كما إتجه الفقه إلى تركيز على التطور السريع لدولة القانون أين لا تستطيع الإدارة الكلاسيكية إستعابه بصفتها خاضعة لتدخل الأحزاب و السياسيين، كما لا تحضي الإدارة الكلاسيكية بترحيب الرأي العام بصفة عامة وفي المجمل فإن التحول من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة هو السبب المباشر لإنشاء الهيئات الإدارية على اعتبار أن الإدارة الكلاسيكية غير قادرة على ضمان التنظيم الاجتماعي la régulation sociale وحماية الحريات.

فالسلطات الإدارية المستقلة هي نتاج رأسمالية سياسية تهدف إلى إبعاد السلطة السياسية عن التسيير المباشر لبعض النشاطات ،كما تهدف بالسماح حسب الإجراءات الشكلية إلى إشراك النشطاء الاقتصاديين والاجتماعيين المهتمين بتطوير أسس التعامل وذلك لزيادة مشروعية أعمال الإدارة و على اعتبار أن الإدارة الكلاسيكية متهمة بعدم الحياد ،مما أدى إلى ضرورة إنشاء أجهزة جديدة تسمح بإشراك المحترفين في إنشاء قواعد التعاملات التقنية والتي تفترض لمصداقيتها قبول إشراك النشطاء الاقتصاديين.

كما أن مفهوم الهيئات الإدارية المستقلة مرتبط بإرادة تيار إجتماعي يهدف إلى إنشاء نموذج طموح بإستبدال الشكل العمودي للإدارة بشكل أفقي.

في حين يرى بعض الكتاب أن إنشاء السلطات الإدارية المستقلة ما هو إلا نتيجة لضعف النظام القانوني تحت ضغط القوة الاقتصادية الخاصة التي تهدف إلى التهرب من القانون عن طريق وضع آليات تنظيم جديدة للنشاط الاقتصادي، وذلك نتيجة التحول من تنظيم الدولة للنشاط الاقتصادي إلى التنظيم الآلي.

فالسلطات الإدارية المستقلة تتميز بخاصية مزيجه فميلادها كان ناتج عن مصدرين للقانون الاقتصادي، القوة الخاصة الاقتصادية وتصرف السلطة العامة تجاه هذه الأخيرة .

وبهذا فإن إنشائها يجيب عن التناقض الذي يخفيه النظام الرأسمالي المتطور وفي ذلك ذهب بعض الفقهاء إلى القول:" أن التركيز يستلزم تدخل الدولة في العلاقات الاقتصادية لكن هذا التدخل يجب أن يكون بمنآي عن السياسة و المجتمع المدني والسلطة السياسية والسلطة الاقتصادية، و تجاوز هذه التناقضات استلزم إنشاء الهيئات الإدارية المستقلة التي تسمح بوضع سياسة عامة أين تكون مستقلة عن الإدارة الكلاسيكية التي ترتبط بالوزير ولها حق إصدار قواعد وذلك أخذا في الاعتبار دور الدولة وقوى السوق، فالهيئات الإدارية المستقلة يمكنها المصالحة بين منطقين منطق السوق ومنطق السلطة العامة ."(١)

كما ذهب مجلس الدولة الفرنسي في تقريره إلى سرد المبررات المباشرة لإنشاء الهيئات الإدارية المستقلة وتتمثل في منح الرأي العام ضمانه قوية لحياد تدخل الدولة بالإضافة إلى السماح بمشاركة مفتوحة للأشخاص ذوي التخصص والخبرة المتنوعة لتنظيم نشاطات محددة ومعالجة المشاكل الحساسة وكذلك ضمان نجاعة تدخل الدولة وذلك بتحقيق السرعة والتلاؤم مع زيادة متطلبات السوق والاستمرارية في متابعة تطورات الأحداث .(٢)

المبرر الأول:

وهو تقديم ضمانة للرأي العام بحياد تدخل الدولة يعد السبب الرئيسي لإنشاء الهيئات الإدارية المستقلة وذلك لتعاظم عدم الثقة في السلطة السياسية والسلطة الإدارية .

وعدم الثقة هذه لا يعد جديدا وبكل بساطة فإن السلطة السياسية قد تحملت نتائج تدخلها في نشاطات الإدارة، ولهذا نرى من أهم آثار عدم التدخل أن السلطة السياسية تخلت عن تعيين رؤساء المؤسسات العمومية في الميدان السمعي البصري، وذلك عندما أثيرت لأول مرة مبدأ حرية الإتصالات السمعية البصرية وتم بذلك إنشاء أول هيئة منظمة في القطاع .

كما أنه بالنسبة لتدخل الدولة في الميادين التي تمس الامتيازات وأحيانا الحريات العامة فإنه بحسب الطبيعة تقريبا فإن الدولة متهمة بعدم الحياد في حين أن السلطات الإدارية المستقلة تظهر بقرينة الحياد وذلك مثلما ذهب إليه وزير الداخلية جون بيير شيفانمون Jean Pierre Chevènement عند الحديث عن القراءة الأولية عن القانون المنشئ للمجلس الأعلى لأخلاقيات الأمن فإن الهدف المنشود من السلطة العامة بإنشاء

---

[1] Rachid zouaimia - les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie éditions houmma p 13-16

[2] Conseil d'Etat français -Rapport Public 2001 p 275-277.

سلطة إدارية مستقلة واضح أين ينتظر أن تتولى هذه الهيئات كامل مهامها مثل ما يقوم به القاضي أي بحياد وموضوعية و إستقلالية وبالتالي فإن ظهور الهيئات الإدارية المستقلة يعطيها نوعا من مشروعية النشوء "légitime de naissance" إتجاه المواطن . أين تكون العلاقة العضوية أو الرئاسية إتجاه الوزير المسئول عن القطاع تظهر بصفة أقل

المبرر الثاني: إن إنشاء الهيئات الإدارية المستقلة مرتبط بإشراك ذوي الخبرة والمتخصصين في الميدان بتحديد القواعد القانونية التي تطبق في الميدان التقني، وهذا التحديد يفترض من أجل مصداقيته قبول انضمام الشركاء الاقتصاديين وهذا المبرر الذي تم سياقته عند إنشاء لجنة علميات البورصة ومجلس السوق المالي ولجنة المؤسسات والقرض والشركات المستثمرة بفرنسا.

هذين المبررين السابق ذكرهما لتبرير مشاركة الأشخاص الأخصائيين في الميادين التقنية والمالية بما في ذلك نشاطات البورصة والبنوك، ما هو إلا لضمان التجميع الصحيح للمعلومات حول الوقائع ونجاعة القرارات المتخذة بشأنها عند تطبيقها في الميدان، أين يسمح إشراك ذوي الخبرة بمرونة في اتخاذ القرارات إتجاه متطلبات السوق، كما أن سلطة التنظيم وتوقيع الجزاء تتلقى قبولا متى خضعت لرقابة القضاء بالإضافة إلى صدورها عن جهاز يكون أعضاءه من ذوي المتخصصين والخبرة أين يمنع الطابع الجماعي لتكوين هذه الأجهزة من التحيز كما أن طبيعة هذه الأجهزة تجعل منها شبيهة بالتنظيمات النقابية

المبرر الثالث: ويتعلق بالنجاعة التي يفترض أن تحققها الهيئات الإدارية المستقلة وذلك بالمقارنة بآلية عمل الإدارة الكلاسيكية وطول الإجراءات القضائية، حيث أن الاستقلالية التي تتوفر عليها السلطات الإدارية المستقلة تسمح باتخاذ قرارات سريعة بالمقارنة مع السلطة الإدارية المركزية باعتبار أنها لا تخضع للقيود التي تميز آليات اتخاذ القرارات الإدارية، فلا وجود لوساطة إدارة تطيل أمد اتخاذ القرار و لا تخضع لمكاتب الوزارة التي تتميز عادة بعناد أعضائها في وقف إصدار القرارات لأسباب قد تكون ذاتية، كما قد تكون غير قادرة على اتخاذ قرارات سريعة.

فالسلطات الإدارية المستقلة لها كافة الحق في إصدار القرارات، متى تبينت المعلومات الكافية وذلك بعيدا عن كل الاعتبارات الخارجية عن النشاط الذي تتكفل بمراقبته.

كما أنها تتميز بالاستمرارية في النشاط الذي يعتبر ضروريا لنشاط العاملين الاقتصاديين، وكذلك إن بساطة قواعد التسيير التي تتميز بها الهيئات الإدارية المستقلة تسمح بفض المنازعات وتطبيق العقوبات بطريقة أسرع من التي يحققها القضاء الجزائي في القانون العام، هذه القدرة على التدخل السريع للهيئات الإدارية المستقلة في مواد تتميز

بالتعقيد وتستلزم الآنية في اتخاذ القرار المناسب وهذا ما يفسر منح إمتيازات السلطة العامة للهيئات الإدارية المستقلة وخاصة سلطة توقيع الجزاء.

كما أن من الأسباب غير المباشر لإنشاء الهيئات الإدارية المستقلة ما هو إلا نتيجة إتجاه الإرادة السياسية لإنشاء أساليب جديدة لتنظيم النشاط الاقتصادي والاجتماعي أين يفسح مجال أكبر للوساطة وتحقيق المزيد من الشفافية في نشاط السلطة العامة .

الفرع الثاني:

مفهوم الهيئات الإدارية المستقلة

إن الهيئات الإدارية المستقلة لا تخضع لنظام قانوني وأحد وذلك لتعدد ميادين الأنشطة التي تنظمها كذلك تعدد الوسائل الممنوحة لها للقيام بالمهام المسندة لها وعدم التجانس بين الهيئات الإدارية المستقلة هو الطابع المميز لها مما يؤدي إلى صعوبة وضع تعريف موحد للهيئات الإدارية المستقلة وهذا ما يستلزم البحث عن أوجه التشابه والمميزات التي منحها لها المشرع.

ويمكن القول مبدئيا أن السلطات الإدارية المستقلة هي عبارة عن سلطات تحمل طابع إداري وتتمتع بإستقلالية منحها لها القانون. [١]

١- صفة السلطة

إن السلطات الإدارية المستقلة هي سلطة أولا ولا تعد أجهزة استشارية ولا تستفيد فقط من حق إصدار القرارات بل تحوز كذلك إمتيازات السلطة العامة، كما أن السلطات الإدارية المستقلة في الدول الغربية المسئولة عن وظائف التنظيم فإن هذه الوظيفة تعود أساسا إلى اختصاص الوزارة وهذا مما سيساعد على إجراء طويل الأمد لحياد سلطة الدولة.Diffraction du pouvoir Etatique. والذي يتمثل في تفريغ السلطات التنفيذية من بعض اختصاصاتها وذلك عن طريق تحويل هذه الاختصاصات في ميدان تنظيم السوق لصالح هياكل جديدة والتي هي السلطات الإدارية المستقلة فتنظيم السوق لم يعد من اختصاص السلطة التنفيذية والإدارة الكلاسيكية فمثلا في الجزائر إن القانون ١٩٨٩ المتعلق بالأسعار ينص في المادة ٣١ منه على أن كل تجمع للشركات بغرض السيطرة على السوق الوطنية أو جزء منها يجب أن يخضع إلى تصريح سابق وتحدد إجراءات تطبيق هذا المبدأ عن طريق قوانين لاحقة ولم يصدر أي قانون إلى غاية صدور قانون المنافسة لسنة ١٩٩٥ أين أوكلت هذه الاختصاصات للوزير لكن جرد بعد ذلك من هذه

[1] Rachid Zouaimia –ouvrage précédent P 18.19

الاختصاصات بعد إنشاء مجلس المنافسة كما أنه في المجال البنكي فإن وزير المالية فقد اختصاصاته التي ينص عليها قانون ١٩٨٦ لصالح مجلس القرض والنقد .(١)

إلا أن بعض الفقه يميز بين الأجهزة الإدارية المقررة وبين الأجهزة الإدارية ذات الوظيفة الإستشارية أو الرقابية وتعد من قبيل الأجهزة الإدارية الرقابية في فرنسا مثلا لجنة حماية المستهلك و المجلس الأعلى للإدماج.

ويرى هذا الفريق أنه يجب أن لا نستخف بالوظيفة التي نقوم بها الأجهزة الإدارية الإستشارية وإن كانت لا تملك سلطة إصدار القرار فإن أراءها لها سلطة معنوية كبيرة ....

<<Qu'il faut bien se garder de sous-estimer la fonction que remplissent ces organismes consultatifs sans doute le pouvoir de décision ne leur appartient pas; mais leur avis peuvent avoir une grande autorité morale ......>>.

أي أن إستقلالية هذه الأجهزة الإستشارية وامتلاكها لسلطة التأثير يجعل لها سلطة معنوية.(٢)

هذا الشكل الأخير من السلطة التأثير الذي يطلق عليه في الفقه الأنجلو سكسوني تعبير Sunshine regulation يشير إلى نوع من التدخل العام يسفر عن نتائج بالغة الأهمية في الواقع وذلك رغم إقتصاره على مجرد إلقاء الضوء على الممارسات وأوجه السلوك التي تلحق الضرر بالمصلحة العامة وتفسير ذلك أن التوصيات و التوجيهات التي تصدر عن الأجهزة التنظيمية تحظى بإحترام طوعي من القائمين بالنشاط الاقتصادي، وذلك رغم عدم تمتع هذه التوجيهات أو التوصيات بقوة إلزام قانونية وهكذا فإن عدم تمتع الجهاز بسلطة اصدار قرارات تنفيذية لا يعني حرمان الجهاز من أن يكيف باعتباره سلطة autorité مادام أن سلطة التأثير أو الإقناع أو الحث هذه تؤدي إلى ذات النتائج من الناحية الواقعية ، وهكذا يمكن القول أن الأجهزة التنظيمية تعد سلطة عامة تنشأ خارج إطار الإدارة التقليدية، ويظهر تميز هذه الأجهزة سواء من ناحية وسائل تدخلها أم من ناحية علاقتها بالسلطة التنفيذية .(٣)

كما يؤيد هذا الإتجاه ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي إذ جاء في تقريره لسنة ٢٠٠١ أن المشرع لم يتوان في منح صفة السلطات الإدارية المستقلة لأجهزة لا تملك سلطة إصدار القرارات النهائية منها المجلس الوطني لتقييم الجامعات.

---

1 Rachid Zouaimia –ouvrage précédent P 18.19

2 Marie José Guedon-Les autorités administratives indépendantes – Librairie général de droit et de jurisprudence Pris 1981 p 50-51

٣ د.وليد محمد الشناوي –الدور التنظيمي للادارة في المجال الاقتصادي (دراسة مقارنة) المكتبة العصرية سنة ٢٠٠٩-ص ١٩٦,١٩٥

وبالتالي يمكن القول أنه متى كانت سلطة التأثير هي السلطة التي تملكها الهيئة والمعبر عنها بنقل الحقائق والآراء وان كانت غير منشورة فإنها تلقى تتبعا من طرف من وجهت إليهم ويكون هذا التأثير عادة بنشر الآراء بالمبادرة الفردية للهيئة الإدارية الاستشارية أو عن طريق إعداد تقرير دوري يضع في عين الاعتبار حالات الإختلال الوظيفي.[١]

٢- الصفة الإدارية

إن الهيئات الإدارية المستقلة غير مرتبطة بالترتيب السلمي للإدارة المركزية لكنها لا تعد خارجة عن إدارة الدولة حيث تتصرف هذه الأجهزة بإسم ولحساب الدولة كما أن مسئولية الدولة تثار عن الأفعال الضارة التي تحدثها هذه الأجهزة سواء أمام القاضي الإداري أو القضاء العادي، وذلك حسب الاختصاص القضائي في حل المنازعات فهي سلطات تابعة للدولة و طبيعتها الإدارية تعد اليوم عنصرا غير قابل للجدل وذلك على الرغم مما ذهب إليه المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم ٨٦-٢٢٤ الصادر في ٢٣ جانفي ١٩٨٧ المتعلق بمجلس المنافسة حيث ذهب إلى تلقائية العلاقة بين الطبيعة الإدارية للسلطات الإدارية المستقلة واختصاص القاضي الإداري وذلك في قراره المرتبط بوسيط الجمهورية. وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه يتعلق الأمر بسلطة إدارية فقط بطريقة إنشاءها وفي تقرير محافظ الدولة ذهب في تحليله إلى إبراز الطبيعة الإدارية للسلطات الإدارية المستقلة وذهب إلى أنها مفترضة حيث لا يمكن إلحاق هذه الهيئات بالسلطة التشريعية أو السلطة القضائية .[٢]

إن الطبيعة الإدارية لهذه الأجهزة في الجزائر لا تدع مجالا للشك حيث أصبغها عليها المشرع فمثلا فمجلس المنافسة قد تم تكييفه بموجب أمر ٢٠٠٣ بهيئة إدارية وكذلك بالنسبة لوكالتي التنظيم في المجال المنجمي فقد كيفهما المشرع بالهيئات الإدارية المستقلة وبالنسبة للهيئات الأخرى فإن المشرع تارة يسميها سلطة التنظيم المستقلة وتارة يسميها بجهاز مستقل وهذا ما يدفعنا للبحث عن الطبيعة الإدارية لهذه الأجهزة وذلك بتطبيق معيارين .

أولا: من الناحية المادية: فإن نشاط هذه الأجهزة يهدف إلى السهر على تطبيق القانون في ميدان الأنشطة الموكلة بمراقبتها فمثلا في الجزائر الأمر المتعلق بالقرض والنقد ينص صرامة في المادة ١٠٥ على أن اللجنة مصرفية تتولى مراقبة إحترام البنوك والمؤسسات المالية للتشريعات والقوانين التنظيمية السارية عليها .

---

[1] Conseil d'Etat Rapport Public 2001-P 290.

[2] Meme ouvrage - P 293.294

كما أن بعض الهيئات يملك حق لسن لوائح مثل مجلس القرض وذلك من أجل التنفيذ الحسن للقوانين والتنظيمات السارية هذه القرارات تعد قرارات إدارية بحتة قابلة للتنفيذ حائزة على إمتيازات السلطة العامة التي تمتلكها الأجهزة الإدارية .

ثانيا: وفي مجال المنازعات: فإن القرارات الصادرة عن هذه الأجهزة تخضع للقاضي الإداري مثلها مثل القرارات الإدارية العادية كما أن القرارات التنظيمية مثل التي تصدرها لجنة مراقبة عملية البورصة تخضع للطعن بالإلغاء وان كان نص المادة ٣٣ من المرسوم التشريعي قد نص على الطعن القضائي يفضي نوعاً من الغموض في طبيعة الاختصاص هل تخضع هذه الطعون للقضاء العادي أو القضاء الإداري لكن نعود إلى أحكام القواعد العامة حيث تنص المادة ٩ من قانون مجلس الدولة الجزائري على أن يختص بالطعن بالإلغاء ضد القرارات التنظيمية و الفردية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية و المؤسسات العمومية الوطنية و المنظمات المهنية الوطنية.

كما أن القرارات الإدارية الفردية الصادرة عن السلطات الإدارية المستقلة المختلفة مثل مجلس القرض والنقد و اللجنة المصرفية و الوكالتان المنجميتان وسلطة الضبط للبريد و المواصلات تخضع كلها لرقابة مجلس الدولة فمثلا، تنص المادة ١٧ من القانون المنظم للقواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات أن القرارات الصادرة عن مجلس سلطة الضبط قابلة للطعن فيها أمام مجلس الدولة، وكذلك نص المادة ١٣٩ من القانون المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز عبر القنوات تنص على أن القرارات الصادرة عن لجنة التنظيم تخضع للطعن أمام مجلس الدولة.[1]

ويجدر بنا ملاحظة الإستثناء الذي أورده القانون بالطعن أمام القضاء العادي بالنسبة للقرارات الصادرة عن مجلس المنافسة أمام الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر العاصمة التي تنظر في القضية بصيغة ابتدائية ونهائية، وليس بصفتها قاضي الدرجة الثانية لأن مجلس المنافسة ليس هيئة قضائية ويستخدم القاضي التجاري في ذلك تقنيات الرقابة التي يستعملها القاضي الإداري، حيث أنه ينظر في مدى إحترام مجلس المنافسة لاختصاصاته التي خولها له القانون وكذا مدى إحترامه للإجراءات المتعلقة بحقوق الدفاع ومدى تطبيق القواعد الموضوعية المنصوص عليها في قانون المنافسة ومدى تناسب العقوبة مع الفعل المقترف.[2]

---

1 Rachid Zouaimia –ouvrage précédent - p 22.24.

٢ ليلى مديو - تكريس الرقابة القضائية على سلطات الضبط المستقلة في التشريع الجزائري- ملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة –جامعة بجاية ص ٢٨١-٢٨٢.

٣- صفة الإستقلالية

لقد إرتقى مبدأ الفصل بين الجهة القائمة بالنشاط التنظيمي والجهات التي تملك أو تباشر وصاية على المشروعات الخاضعة للتنظيم إلى أن أصبح أحد المبادئ العامة للقانون التنظيمي و يستهدف إستقلال الأجهزة التنظيمية تحديد غايات متعددة أهمها:

يتضمن هذا الإستقلال حماية الأجهزة التنظيمية من الخضوع لأي تأثير أو نفوذ يمكن إن يمارسه هؤلاء القائمون بالنشاط الاقتصادي ، ذلك أن مثل هذا التأثير أو النفوذ يؤدي حالة تحققه إلى فقدان السياسات التنظيمية للحياد الواجب توافره فيها ومن ثم تصبح الأجهزة التنظيمية غير قادرة على بلوغ أحد أهم أهداف التدخل التنظيمي، وهو حماية وتعزيز. fair competitionالمنافسة العادلة.

يستهدف إستقلال الأجهزة التنظيمية تدعيم ثقة القائمين بالنشاط الاقتصادي في حياد وعدم تحيز النشاط التنظيمي، وهو ما ينعكس إيجابا على صدقية هذه الأجهزة، وضمان مستوى أكبر من الالتزام الطوعي والإحترام للقواعد التنظيمية من جانب الخاضعين للتدخل التنظيمي .

يعزز إستقلال الأجهزة التنظيمية إحترام وترسيخ عدد من المبادئ الرئيسية الواجب كفالتها في مجال التدخل التنظيمي مثل مبدأ استمرارية وتناسق وتناغم النشاط التنظيمي Consistency.

وكذلك مبدأ إمكان توقع اتجاهات السياسية التنظيمية من جانب القائمين بالنشاط الاقتصادي

وتجدر الإشارة إلى أن إحترام الأجهزة التنظيمية لهذه المبادئ يستهدف كفالة وإحترام مبدأ أخر مهم ، في مجال التدخل التنظيمي وهو مبدأ الأمن القانوني. [١]

ويرى البعض أن الإستقلالية تحمل مفهومين : إستقلالية عضوية وإستقلالية وظيفية وفي جميع الأحوال فإن الإستقلالية إتجاه السلطة التنفيذية يعني غياب السلطة الرئاسية و السلطة الوصائية إتجاه الهيئة التي لا تتلقى أمرا و لا تعليمات من الحكومة .

ومن أهم مظاهر الإستقلالية العضوية نجد الجماعية أو تعدد أعضاء المنظمة حيث أنها تحقق الموازنة بين عدة متطلبات فهي توازن بين تأثير السلطات المختلفة التي تعين أعضاء الهيئة الإدارية المستقلة كما أنها تضمن مداولة جماعية حول المواضيع الحساسة أو المسائل المعقدة وهذا يمثل ضمانة قوية لموضوعية القرارات الإدارية الصادرة عنها.

---

[١] د . وليد محمد الشناوي – المرجع السابق – ص ٢٢٨ – ٢٢٩ .

ومن ضمانات الإستقلالية نجد أن أعضاء الهيئة الإدارية المستقلة يمثلون أعلى وأهم الوظائف فنجد من الأعضاء من يشتغل في مجلس الدولة أو محكمة النقض أو مجلس المحاسبة أو الجامعة وكذلك يكون أعضاءها من بين الإداريين و التقنيين البارزين في الدولة من مختلف مفتشياتها .

ومن ناحية أخرى لا ينقص من إستقلالية الهيئة تعيين أعضاء في السلطة الإدارية المستقلة بواسطة أو باقتراح من بعض المنظمات التي لها مصالح في القطاع محل التنظيم شريطة أن لا يكون هؤلاء الأعضاء مجرد ناقلين للطلبات ومصالح هذه المنظمات ، وكذلك فإن تعيين ممثل الوزير لا ينقص من إستقلالية الهيئة الإدارية المستقلة حيث أن تواجد ممثل الحكومة يعد عنصرا مهما عند إصدار القرارات وخاصة متى تم تحديد موقف ممثل الحكومة عند المداولة فيعد بذلك إبلاغا قبليا للسلطة الإدارية وأخيرا فإن مساهمة البرلمانيين أو عضو معين من مجلس الشيوخ لدى الهيئة الإدارية المستقلة يرمز إلى أن خيار إستقلالية هذه السلطات يمنع احتكارها من طرف السلطة التنفيذية .

وتعد الوضعية القانونية لأعضاء الهيئة الإدارية حجر الزاوية لإستقلالية هذه الأخيرة فهناك قاعدة دنيا يجب أن تحترم وهي عدم قابلية إنهاء عهدة الأعضاء وقد اخذ بها مجلس الدولة الفرنسي بدون نص و ذهب إلى أن الحكومة لا تستطيع إنهاء وظيفة رئيس هيئة إدارية مستقلة قبل انتهاء عهدته بحجة بلوغ السن القانونية لإنهاء الخدمة في منصب عمله الأصلي .

وهناك بعض القواعد التي ترتبط بمفهوم الإستقلالية مثل تحديد فترة العهدة ومدى طولها وعدم تجديدها ولكن لا يعد هذا معيارا مطلقا .

كما أنه ومنعا لتضارب المصالح في الحاضر و المستقبل فإن النصوص المنظمة للهيئات الإدارية قد وضعت نظاما خاصا لحالات التنافي بشغل عضوية الهيئات الإدارية المستقلة وذلك بموجب نصوص قانونية .

وبالنسبة للإستقلالية الوظيفية فإنه من المفضل إستعمال عبارة "autonomie ".

ومن ذلك الإستقلالية المالية التي تعد دليلا نسبيا عن الإستقلالية الذاتية للسلطات الإدارية المستقلة وذهب بعض الكتاب في هذا المنحى إلى القول على ضرورة تملك السلطة الإدارية المستقلة مصادر التمويل الذاتي مثل الرسوم التي تحصلها و تتولى تحديد قيمتها .

لكن تمويل المحاكم عن طريق الميزانية العامة لا يمنع القول بإستقلالية القضاء و يبقى إذاترتيب شروط منح التمويل من طرف السلطة التنفيذية حتى تتفادى جميع الضغوطات إتجاه الهيئات الإدارية المستقلة ومن ذلك الإعفاء من الرقابة المالية القبلية أي

لا تجب إجازة السلطة التنفيذية من أجل الأمر بالدفع وقد نص عليها آليا في قوانين إنشاء الهيئات الإدارية المستقلة في فرنسا وهذا ما يمنح مرونة في التسيير .

فهذه القاعدة لا يمكن النظر إليها على أنها ضرورية الإستقلالية الهيئات الإدارية المستقلة .

كما أن من مظاهر الإستقلالية تمتع الأجهزة الإدارية المستقلة بالموارد البشرية اللازمة للتسيير سواء من ناحية العدد أو الخبرة ولا مانع أن تستخدم الهيئات الإدارية المستقلة من أجل التحريات و التحقيق موظفي الإدارات الحكومية أو الإستعانة بخبراء لا تربطهم علاقة وظيفية بالجهاز التنظيمي وذلك ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

ولا يمنع عنصر الإستقلالية من أن تقوم الدولة بتقديم طلب مداولة ثانية عند توقيع عقوبة مثلا أو طلب فرض تنظيمات معينة وخضوع الهيئات الإدارية المستقلة للرقابة على استعمال الأموال العامة في إطار قواعد القانون العام وقد ذهب المجلس الدستوري سنة ١٩٨٦ إلى إمكانية لجوء الحكومة إلى القضاء الإداري للنظر بمدى مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن الهيئات الإدارية المستقلة حتى وإن كانت الهيئات الإدارية المستقلة لا تملك الشخصية المعنوية المنفصلة عن الدولة .

ويذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن الإستقلالية تفرض فقط أن الحكومة لا تملك حق الفيتو على قرارات الهيئات الإدارية المستقلة أي عدم وجود الرقابة القبلية .[1]

L'indépendance impose seulement qu'il ne puisse y avoir veto gouvernemental à l'égard des décisions des autorités administratives indépendantes.

مدى دستورية إنشاء الأجهزة التنظيمية المستقلة في القانون الفرنسي :

فصل المجلس الدستوري في مشكلة وجود الأجهزة الإدارية المستقلة وذلك في حكمين صدر الأول منهما في ١٦ سبتمبر ١٩٨٦ وصدر الثاني في ١٧ يناير ١٩٨٩ وجاء أن نصوص المادة ٢١ من الدستور الفرنسي التي تجعل من رئيس الوزراء الحائز الوحيد للسلطة اللائحية على المستوى الوطني، لا تحول دون قيام المشرع بمنح سلطة لائحية لإحدى السلطات الإدارية المستقلة شريطة أن يكون هذه الأخيرة خاصة spécialiser ، أي مقصورة على وضع التشريع التنظيمي موضوع التنفيذ في الإطار وبالشروط التي يحددها القانون هذا بالإضافة إلى تبعية هذه السلطات اللائحية لتلك المخـولة دستوريا لرئيس الوزراء وهذه التبعية تعني أن الأجهزة التنظيمية تكون ملزمة حال مباشرتها

[1] Conseil d'Etat Rapport Public 2001- p 291-293.

للسلطات اللائحية المخولة لها باحترام، ليس فقط ، الأحكام المنصوص عليها في القانون ولكن أيضا تلك المنصوص عليها في اللوائح التي يصدرها رئيس الوزراء وعلى أي حال لا يتردد المجلس الدستوري منذ ذلك الحين في بسط رقابته على الحالات التي يخول فيها المشرع سلطات لائحية مفرطة للأجهزة التنظيمية، ومن ذلك على سبيل المثال رفض المجلس الدستوري قيام المشرع بتخويل المجلس الأعلى للبث الإذاعي و التلفزيوني مكنة أن يقوم وحده بالطريق اللائحي ليس فقط بتحديد قواعد الأخلاق المهنية المتعلقة بالنشر ولكن أيضا مجموع القواعد المرتبطة بالإتصال المؤسسي .[١]

كما أن المجلس الدستوري لم يعد يبد أي اعتراض على منح الأجهزة الإدارية التنظيمية سلطات جزائية من حيث المبدأ دون أن يشكل هذا المسلك التشريعي أي مساس بمبدأ الفصل بين السلطات ، ولكن ذلك مشروط بقيام المشرع بتحديد الإطار الدقيق لهذه السلطات الجزائية .

من ذلك أن يقع على عاتق المشرع أن يقرن ممارسة سلطات الجزاء بأهداف تستهدف حماية الحقوق والحريات المصونة دستوريا وتطبيقا لذلك استبعد المجلس الدستوري قيام جهة إدارية بتوقيع جزاءات سالبة للحرية استنادا إلى نص المادة ٦٦ من الدستور الفرنسي التي تعتبر السلطة القضائية الحارس الطبيعي للحرية الفردية، بالإضافة إلى استناده إلى مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات الذي تكرسه المادة الثامنة من إعلان حقوق الإنسان و المواطن ومؤدي هذا المبدأ ضرورة تدخل القانون للتجريم وتحديد العقاب .[٢]

على أن ثمة من ذهب من الفقهاء إلى القول أنه توجد ، في الوقت الحاضر، عناصر متعددة مستمدة عن القضاء الدستوري تدفع إلى الاعتقاد بأن الأجهزة التنظيمية أو بعضها على الأقل أضحت تحظى بتكريس دستوري ضمني دون حاجة إلى نص، وذلك ما دام أن درجة الحماية التي يكفلها وجود هذه الأجهزة للحريات العامة الأساسية لا يمكن أن يتوافر بذات الدرجة في غيابها .[٣]

مدى إمكانية إدراج الأجهزة التنظيمية المستقلة في النظام الإداري الفرنسي :

قرر مجلس الدولة الفرنسي أنه منذ اللحظة الذي يعترف بها لجهة ما باختصاصات معينة باعتبارها سلطة إدارية فإنه يكون من الملائم في هذه الحالة ، تطبيق القواعد العامة التي تواتر تطبيقها على السلطات الإدارية التقليدية ، وبصفة خاصة ، خضوع أعمال هذه السلطة التي تتمتع بصفة القرارات الإدارية لإمكان الطعن عليها أمام القضاء .

---

[١] د . وليد محمد الشناوي – المرجع السابق – ص ٢٨٥ – ٢٨٧ .
[٢] المرجع نفسه – ص ٢٨٧ – ٢٨٩ .
[٣] المرجع نفسه – ص ٢٩٠ .

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه يكون مسموحا للسلطات الإدارية المستقلة أن تقدم ملاحظاتها بشأن ما يكون مطعونا عليه من قراراتها وبعبارة أخرى ليس بلازم أن يتولى الوزير المختص تقديم هذه الملاحظات ومن جهة أخرى قضى مجلس الدولة الفرنسي أن الخطأ الجسيم الذي يقع من جانب سلطة إدارية مستقلة حال مباشرتها لمهامها الإدارية في الرقابة و الإشراف يؤدي إلى إقامة مسئولية الدولة.[١]

مدى ضرورة تدخل المشرع لإنشاء الأجهزة التنظيمية المستقلة :

يتفق الفقه الفرنسي على أن المشرع يتمتع من حيث المبدأ باختصاص حصري في مجال إنشاء الأجهزة التنظيمية لأنها تندرج في إطار القائمة الواردة في المادة ٣٤ من الدستور الفرنسي التي تحدد المجال المحجوز سلفا للمشرع وذلك للأسباب التالية : [٢]

- إن الأجهزة التنظيمية تتمتع بسلطات لائحية ولا تمنح لها إلا بموجب قانون يصدره المشرع وذلك بإحترام قيود معينة منها الاختصاص اللائحي العام المخول لرئيس الوزراء .

- إن الأجهزة التنظيمية تتمتع بسلطات ذات طبيعة قضائية مثل توقيع الجزاءات و الفصل في المنازعات وهذه السلطات لا يمنحها سوى المشرع .

- تتدخل الأجهزة التنظيمية لتنظيم قطاعات إقتصادية معينة وهذا التدخل يمس بالضرورة الضمانات الأساسية للمواطنين وحرياتهم ، في المجال الاقتصادي مما يدعو إلى تدخل المشرع .

- قام القضاء الفرنسي بتوسيع نطاق عدد من المبادئ الإجرائية الأساسية ويستدعي المساس بهذه المبادئ ضرورة تدخل المشرع .

- عدم خضوع الأجهزة التنظيمية لبعض المبادئ الإدارية التقليدية كالسلطة الرئاسية وانعدام تعليمات أو أوامر للرقابة المالية وهذه الامتيازات تستدعي تدخل المشرع .

يعد من قبيل التناقض منح السلطة التنفيذية إنشاء هذه الأجهزة التي يراد ترسيخ إستقلال الأجهزة التنظيمية في مواجهتها .

إلا أن جانبا من الفقه يذهب إلى أنه ليس ما يمنع من تدخل السلطة اللائحية لإنشاء الأجهزة الإدارية التنظيمية إذا توافرت الشروط الأتية : [٣]

- ألا تكون المهام المنوطة بها مدرجة في القائمة الواردة في المادة ٣٤ من الدستور.

---

[١] د- وليد محمد الشناوي – المرجع السابق – ص ٢٩٠ – ٢٩١ .

[٢] المرجع نفسه – ص ٢٩٣ – ٢٩٥ .

[٣] المرجع نفسه – ص ٢٩٦ .

- ألا تكون الأجهزة متمتعة بأي من السلطات التي يملك المشرع وحده سلطة منحها كما هو الحال بالنسبة للسلطات ذات الطبيعة التشريعية أو تلك ذات الطبيعة القضائية.

- ألا يكون من شأن تنظيم أو تركيب هذه الأجهزة تقييد أحد المبادئ الأساسية التي لها قيمة أعلى من المرسوم وأقل من القانون.

ويذهب جانب من الفقه أن المشرع لا يلتزم حال تدخله بإنشاء هذه الأجهزة بإيراد كل التفاصيل المتعلقة بترتيب وسائل العمل في هذه الأجهزة وهو المسلك الذي أخذ به المشرع المصري من سبيل المثال أن المشرع المصري بعد أن منح الاختصاص لجهاز تنظيم الإتصالات بتسوية المنازعات التي تثور بين المشتغلين في قطاع الإتصالات نص على أن يصدر قرار من الوزير المختص بتحديد قواعد و إجراءات نظر النزاع.

وإن ذهبت مناقشات مجلس الشعب إلى أن الهيئات الإدارية المستقلة تعد من قبيل الهيئات التي يختص رئيس الجمهورية بإنشائها بالمناظرة مع الأجهزة السابقة التي كانت تنشأ بقرار جمهوري مثل: الجهاز التنظيمي السابق في قطاع الإتصالات المنشأ بقرار رئيس الجمهورية رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٨ وكذلك الهيئة العامة لسوق المال المنشأة بالقرار رقم ١٥٢ لسنة ١٩٧٩.

إلا أن الحكومة دفعت بضرورة تدخل المشرع لإنشاء الجهاز القومي للإتصالات وذلك لضمان إستقلالية هذه الأجهزة وعدم خضوعها لقانون العاملين المدنيين بالدولة وإعفاء الجهاز من الخضوع للوائح و الأحكام الخاصة بالإستيراد و التصدير الأجنبي، وكذلك تحديد مصادر تمويله من الرسوم السنوية للتراخيص والتصاريح وهذه أحكام يجب أن ترد في القانون.[1]

وفي الجزائر فإن كافة الهيئات الإدارية المستقلة أنشأت بموجب قانون.

كذلك تنص المادة ٨٥ من الدستور الجزائري أنه وعلى خلاف السلطات الأخرى التي يمنحها الدستور لرئيس الحكومة فإنه يسهر على السير الحسن للإدارة، هذا فضلا على أن الباب الثالث من الدستور ينص على أن هناك ثلاث سلطات هي السلطة التشريعية و السلطة القضائية و السلطة التنفيذية وبالتالي فلا يمكن إدراج سلطة رابعة من غير التي نص عليها الدستور ويمكن الإستنتاج بذلك أن السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر هي عبارة عن أجهزة إدارية تخضع للسلطة التنفيذية شأنها شأن الأجهزة الإدارية الأخرى.

واستنادا إلى نص المادة ٢٣ من الدستور التي تنص على أن حياد الإدارة يضمنه القانون وإن كان لا ينص صراحة على استقلالية الإدارة لكن يمكن القول أن استقلالية هذه

---

[1] د- وليد محمد الشناوي – المرجع السابق – ص ٢٩٦ – ٢٩٨.

الأجهزة ما هي إلا لتحقيق الهدف الذي يقصده المشرع بإنشاء هذه الأجهزة الإدارية وهو ضمان حياد هذه الأجهزة الإدارية المكلفة بتنظيم النشاط الاقتصادي و المالي.(١)

الفرع الثالث:

وظائف السلطات الإدارية المستقلة

لهدف تحقيق تنظيم شامل ورقابة النشاط الاقتصادي أحاط المشرع السلطات الإدارية المستقلة بمجموعة من الوسائل منها الوسائل ذات الطبيعة التشريعية ووسائل ذات طبيعة إدارية وأخرى ذات طبيعة قضائية.

أولا: الوسائل ذات الطبيعة التشريعية

يعد كثرة لجوء المشرع إلى التفويض التشريعي سمة رئيسة للدولة المنظمة، وذلك في معظم الدول التي أخذت بأسلوب الأجهزة التنظيمية المستقلة، وقد اختلف الفقه في تفسيره لهذه الظاهرة، على أن التبريرات التي ساقها، في هذا الخصوص لا تخرج عما يأتي:(٢)

فمن جانب تتسم القطاعات الاقتصادية الخاضعة للتدخل التنظيمي بجوانب فنية بالغة التعقيد، ويزداد هذا التعقيد لا سيما مع المتغيرات التكنولوجية المتلاحقة التي تشهدها أغلب هذه القطاعات، ومن ثم، يجد المشرع نفسه حتى في أكثر الدول تقدما، عاجزا عن إستيعاب هذه الجوانب الفنية المعقدة، وذلك فضلا عن التدخل لتنظيم تفاصيلها الفنية الدقيقة، وعلى النقيض من ذلك تعد الأجهزة التنظيمية المستقلة بما يتوافر لها من خبرات فنية متخصصة، أكثر قدرة على القيام بهذه المهمة ومن جانب ثان، من السمات المميزة للقطاعات الاقتصادية سرعة ما تواجهه من مشكلات ومتغيرات، وهو ما يحتاج إلى سرعة ومرونة كبيرتين في التدخل لمعالجة هذه المشكلات والتعامل مع تلك المتغيرات، وليس ثمة شك في أن هذه المرونة و السرعة لا تتوافران عادة في المشرع، في معظم الدول، نظرا للأعباء التشريعية الكثيرة التي تثقل كاهله، فضلا عن المناقشات المطولة التي تدور غالبا في المجالس التشريعية قبل تبني تشريعات جديدة أو تعديلات للتشريعات القائمة وفي المقابل، تعد هذه المرونة والسرعة في التدخل من أبرز مزايا الأجهزة المستقلة.

ومن جانب ثالث، يحتاج القائمون بالنشاط الاقتصادي الخاضع للتنظيم إلى الشعور بالثقة في استقرار البيئة التشريعية التي يباشرون نشاطهم الاقتصادي في ظلها، ولن يتأتى هذا الإستقرار للبيئة التشريعية الحاكمة للنشاط الاقتصادي إلا إذا كانت السياسة التنظيمية

---

[1] Rachid Zouaimia – les autorités de régulation indépendantes dans le secteur financier en Algérie – édition houma , 2005 – p 18 -20

[٢] د . وليد محمد الشناوي – المرجع السابق – ص ٤٣٢ – ٤٣٣ .

بمنآي عن التقلبات التي تشهدها السلطات السياسية التنفيذية والتشريعية نتيجة الإنتخابات المتوالية

وأخيرا يميل المشرع إلى تفويض الأجهزة التنظيمية سلطات تمكنها من تبني سياسات تنظيمية، دون ممانعة من السلطات التنفيذية، لا سيما بالنسبة للموضوعات المثيرة للجدل والتي قد يترتب على تنظيمها من جانب المشرع أو الحكومة فقدان هاتين السلطتين للتعاطف الشعبي معهما.

- وآليا نستطيع أن نميز بين درجتين من التدخل التنظيمي الأولى أين يمنح المشرع اختصاص تقني لصالح الهيئات الإدارية المستقلة وذلك بهدف تحديد الالتزامات أو شروط ممارسة الحق الذي نص عليه القانون أي تتصرف الهيئات الإدارية المستقلة بصفتها خبير والثانية أين لا يتدخل التشريع في تنظيم النشاط فيكون للسلطات الإدارية المستقلة سلطة واسعة في تحديد القواعد القانونية التي تخضع لها المؤسسات التي تشمل نشاط الهيئة وتتمتع هذه القواعد التي تسنها الهيئة الإدارية المستقلة بالصفة الإلزامية.

و في فرنسا فإن الدستور يمنح السلطة التنفيذية سلطة تشريعية مستقلة حيث أن المادة ٣٧ من الدستور تورد الموضوعات ذات الصفة اللائحية و التي تعد بالتالي خرجة عن الموضوعات المحجوزة سلفا للمشرع كما أن للبرلمان أن يفوض سلطات تشريعية للحكومة.و في مصر تجيز المادة ١٠٨ من دستور ١٩٧١ صراحة التفويض التشريعي بشروط محددة ومن أهمها وجوب أن يكون التفويض لمدة محددة و أن يبين فيه موضوعات هذه القرارات و الأسس التي يقوم عليها (١).

و تذهب المحكمة العليا الأمريكية في أحكامها بصحة التفويض التشريعي شريطة تضمن التفويض المعايير المرشدة و هي مجموعة من الضمانات الموضوعية و الإجراءات التي تكفل حماية حقوق المخاطبين و ذلك في قضية Shelter poultry corporation و قضية Panama refining CO.r.Ryan (٢).

و إعمال هذه القاعدة يتضمن مجموعة من القيود(٣):

١. أن تكون هذه القيود مقصورة على الطابع الفني، و يتجلى دور الأجهزة التنظيمية في هذه الحالة في وضع إطار أكثر تحديدا للإطار الأكثر عمومية الذي وضعه المشرع أو السلطة التنفيذية.
٢. يجب أن تكون هذه القواعد محدودة في مداها سواء في مجال تطبيقها أم في مضمونها أي لا يجوز للمشرع أن يمنح هذه الأجهزة تفويضا مفتوحا و ذلك

---

[١] د . وليد محمد الشناوي – المرجع السابق – ص ٤٤٦ ــ ٤٤٧
[٢] المرجع نفسه – ص ٤٥٦ ــ ٤٥٨
[٣] المرجع نفسه – ص ٤٦١ ــ ٤٦٣

لعدم تجريد المشرع أو السلطة التنفيذية من كل دور في هذا الصدد لمصلحة الأجهزة التنظيمية.كما يرجع ذلك لارتباط هذه القواعد بالملامح المهنية للأنشطة الخاضعة للتنظيم.

٣. عدم جواز أن تأتي هذه القواعد مخالفة للأطر الدستورية و القانونية السائدة. و هذا القيد له تطبيقات متنوعة في الواقع، من ذلك على سبيل المثال أنه إذا كان المشرع يشترط نوعا من الرقابة الوزارية تتمثل في التصديق أو الموافقة أو تبعية السلطة اللائحية للأجهزة التنظيمية لتلك التي يتمتع بها رئيس الوزراء و جب احترام هذه الأطر جميعها من جانب الأجهزة التنظيمية.

و قد نص على هذه القيود المجلس الدستوري الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ ١٨ سبتمبر ١٩٨٦ في شأن اللجنة الوطنية للإتصالات و الحريات و حكمه الصادر بتاريخ ١٧ يناير ١٩٨٩ في شأن المجلس الأعلى للبث الإذاعي و التلفزيوني[١]

و قد منح المشرع المصري الهيئة العامة لسوق المال و التي استبدلت بالهيئة العامة للرقابة المالية دون غيرها من باقي الأجهزة سلطة اتخاذ ما تراه لازما من قرارات نهائية بما في ذلك القرارات اللائحية دون إخضاع هذه القرارات للاعتماد أو التصديق من الوزير المختص و ذلك خلافا لما كان عليه الحال بالنسبة للجنة البورصة . و ينتقد الفقه المصري بحق حرمان الأجهزة التظيمية المصرية من سلطات لائحية حقيقية على هذا النحو، لأنه ليس ثمة شك في أن اخضاع هذه القرارت لضرورة التصديق أو الاعتماد من الوزير المختص مع إعطائه الحق في الاعتراض عليها أو تعديلها يشكل مساسا خطيرا باستقلال هذه الأجهزة في وضع سياسات تنظيمية محايدة في القطاعات الاقتصادية الخاضعة لتدخلها مما يفقدها كثيرا من الكفاءة و الفعالية في صياغة سياسات تنظيمية ناجحة .[٢]

وتنحصر سلطة التنظيم للهيئات الإدارية في الجزائر بين مجلس القرض والنقد ولجنة تنظيم عمليات البورصة فمثلا تنص المادة ٦٢ من قانون القرض والنقد الجزائري على أن مجلس القرض والنقد مختص بوضع القواعد القانونية للنظام العام المطبق على البنوك و المؤسسات المالية.

ومن أهم هذه الاختصاصات نذكر ما يلي:

- تحديد القواعد الوقائية في السوق النقدي.

- شروط منح الاعتماد وإنشاء البنوك و المؤسسات المالية وشروط فتح المكاتب الممثلة للبنوك و المؤسسات المالية بالخارج.

---

١ د . وليد محمد الشناوي – المرجع السابق – ص ٤٦٧ .
٢ المرجع نفسه – ص ٤٧٦ – ٤٧٧ .

- المقاييس و النسب التي تطبق على البنوك و المؤسسات المالية لاسيما فيما يخص تغطية المخاطر و توزيعها والسيولة و القدرة على الوفاء و المخاطر بشكل عام. والشروط التقنية لممارسة النشاط البنكي و الإستشاري و السمسرة في الميدان البنكي و المالي.

- تنظيم سوق الصرف وعملياته.

ولا تخضع القواعد التنظيمية التي يصدرها مجلس القرض و النقد للطعن بالإلغاء من طرف الأفراد العاديين إلا بمناسبة النظر في نزاع وتخضع لرقابة وزير المالية فقط عن طريق الطعن أمام مجلس الدولة خلال شهر من صدورها.

ويذهب بعض الفقه في الجزائر إلى القول إن السلطة التنظيمية التي يملكها مجلس القرض و النقد لا تعد إلا امتياز منحها إياه التشريع.(١)

وتقوم الهيئات الإدارية المستقلة في المواد الاقتصادية والمالية بإصدار أنظمة إلزامية منشورة في الجريدة الرسمية وتكون مرفقة بعقوبات في حالة الإخلال بها كما تصدر تعليمات وتبدي أراء و توصيات دون المعاقبة عليها في حالة خرقها كما تملك الهيئات الإدارية المستقلة تقديم مقترحات نصوص تنظيمية وتشريعية للحكومة.(٢)

ثانيا: الوسائل ذات الطبيعة الإدارية

بالإضافة إلى السلطات المتنوعة التي خولها المشرع، في الدول المختلفة للأجهزة التنظيمية نجد أن هذه الأخيرة تتمتع بسلطات ذات طبيعة إدارية تمكنها من مباشرة مهام الضبط الإداري في القطاعات الاقتصادية الخاضعة لتدخلها.

ورغم أن الوظيفة الضابطة التي تباشرها الأجهزة التنظيمية قد تتشابه، في بعض الأحيان، مع تلك التي تمارسها الإدارة التقليدية التي تستهدف وقاية النظام العام في عناصره التقليدية الأمن العام و الصحة العامة و السكينة العامة إلا أننا نميل، في هذا الصدد، إلى أن أشكال الضبط الإداري التي تقوم بها الأجهزة التنظيمية أقرب للدخول في دائرة الضبط الإداري الخاص، وذلك لأن الضبط الإداري يكون ضبطا خاصا بالنظر إلى السلطة الإدارية القائمة به أو بالنظر إلى غايته أو النظام القانوني المطبق عليه وأما أخيرا، بالنظر إلى طائفة الأشخاص الخاضعين له، وتطبيق معظم هذه المعايير يدخل الضبط الذي تنهض به الأجهزة التنظيمية في إطار الضبط الإداري الخاص وذلك لما يلي: (٣)

[1] Rachid Zouaimia – les autorités de régulation indépendantes dans le secteur financier en Algérie – édition houma , 2005 – p 31 – 36.

[2] راشدي سعيدة – مفهوم السلطات الإدارية المستقلة – الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في الميدان الاقتصادي و المالي – المرجع السابق – ص ٤١٩ – ٤٢٠.

[3] د . وليد محمد الشناوي – المرجع السابق – ص ٥٥٤ – ٥٥٥ .

- يستمد النشاط الضبطي الذي تنهض به الأجهزة التنظيمية طابعه الخاص من خصوصية السلطات الإدارية التي تقوم به وهي الأجهزة التنظيمية، هذه الأجهزة تتسم بالخصوصية مقارنة بالإدارة التقليدية من جوانب متعددة، من ذلك على سبيل المثال أنه لا بد من تدخل المشرع لإنشائها إبتداء كما أنها تتمتع باستقلال، في مباشرتها لوظائفها التنظيمية، تتجلى أبرز ملامحه في عدم خضوعها لمبدأ السلطة الرئاسية ثانيا، وتملك سلطات بالغة التنوع لا تتوافر للإدارة التقليدية ثالثا.

- يعد الضبط الإداري، الذي تباشره الأجهزة التنظيمية ضبطا خاصا بالنظر إلى غايته، فإذا كانت الإدارة التقليدية تستهدف وقاية النظام العام بعناصره التقليدية الأمن العام و الصحة العامة و السكينة العامة، فإن الأجهزة التنظيمية تتغيأ بعدا جديدا ذا طابع إقتصادي للنظام العام يتمثل في النظام العام الاقتصادي بمعناه المزدوج الحمائي و التوجيهي ويشمل النظام العام الاقتصادي الذي يجيز للأجهزة التنظيمية التدخل لحمايته، عناصر متعددة لعل من أهمها قواعد المنافسة والتزامات ومهام المرفق العام، حيث تسهر الأجهزة التنظيمية على رقابة احترام هذه القواعد وتلك الالتزامات من جانب القائمين بالنشاط الاقتصادي الخاضع للتنظيم.

- يصطبغ الضبط الإداري في المجال الاقتصادي، بصيغة خاصة بالنظر إلى خصوصية التشريعات التنظيمية التي يستند إليها هذا الضبط ذلك أن المشرع إذا ما قدر أهمية قطاع إقتصادي معين للمصلحة العامة، فإنه يتدخل، لتنظيم هذا القطاع، محددا القواعد التنظيمية الواجب احترامها فيه و منشأ من ثم جهازا إداريا تنظيميا يناط به السهر على رقابة مدى احترام هذه القواعد وهكذا، فإن كل جهاز تنظيمي يستمد سلطاته واختصاصه من التشريع المنظم للقطاع الاقتصادي الخاضع لتدخل هذا الجهاز، كما هو الحال في مصر بالنسبة لقانون تنظيم الإتصالات رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣ ، وقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ وأخيرا يعتبر الضبط الإداري الذي تباشره الأجهزة التنظيمية ضبطا خاصا بالنظر إلى خصوصية النشاط الخاضع للتنظيم أو الطائفة المباشرة لهذا النشاط.

وهكذا فإن النشاط الضبطي، الذي يقوم به كل جهاز تنظيمي، يستهدف نوعا محددا من النشاط الاقتصادي لا يتجاوزه إلى غيره من ذلك على سبيل المثال، أن الجهاز القومي لتنظيم الإتصالات في مصر، لا يستطيع أن يباشر مهامه الضبطية إلا بالنسبة لأنشطة الإتصالات وفي فرنسا إن المجلس الأعلى للبث الإذاعي و التلفزيوني CSA لا يستطيع أن يباشر نشاطه الضبطي إلا في مواجهة أنشطة البث الإذاعي الخاضعة لتدخله، وكذلك الحال بالنسبة للجنة الإتصالات الفيدرالية الأمريكية، وواضح من ذلك، أن النشاط الضبطي في هذه الحالات، لا يمكن أن يباشر، من جانب الأجهزة التنظيمية، إلا في مواجهة الأفراد

القائمين بالنشاط الاقتصادي في تلك القطاعات، أي الحاصلين على تراخيص مباشرة النشاط من تلك الأجهزة.

ويباشر النشاط الضبطي بإحدى الطريقتين فمن ناحية قد تباشر الأجهزة التنظيمية نشاطها الضبطي بطريقة وقائية وتتجلى هذه الطريقة بصورة واضحة عندما تتدخل الأجهزة التنظيمية لتنظيم النشاط الاقتصادي في قطاعات الخاضعة لتدخلها على نحو يضمن إحترام التزامات المرفق العام وقواعد المنافسة وحماية المستهلكين.

ومن ناحية ثانية قد يعبر النشاط الضبطي الذي تقوم به الأجهزة التنظيمية عن نفسه بصورة ردعية أو عقابية ويتم ذلك من خلال رقابة مدى احترام القائمين بالنشاط الخاضع للتنظيم لمهام المرفق العام وكذلك مجازاة أوجه السلوك الضار بالمنافسة أو المتعارضة مع السياسة التنظيمية التي حددتها هذه الأجهزة.

أ- الاختصاصات الوقائية

يعد منح التراخيص الأداة الرئيسية التي يمكن للأجهزة التنظيمية من مباشرة سلطتها في الرقابة وتعد من أهم الوسائل القانونية التي يمكن من خلالها توجيه السوق على نحو يتفق مع الأهداف التنظيمية التي تحددها السلطات العامة المختصة وهكذا لا يجوز مباشرة نشاط إقتصادي خاضع للتنظيم إلا بعد الحصول على الترخيص التنظيمي اللازم لذلك من الجهاز التنظيمي المختص، كما أن الأسعار و الإندماجات بين المشروعات يمكن أن تكون أيضا محلا للتراخيص التي تمنحها الأجهزة التنظيمية والهدف من استعمال سلطة الترخيص هو رقابة مدى أهلية المشروعات الخاضعة للتنظيم للدخول إلى السوق ويختص المشرع من خلال قانون يصدره في هذا الخصوص بتحديد الشروط الواجب توافرها لإماكن منح التراخيص اللازمة للدخول إلى سوق معينة بينما يقع على عاتق الأجهزة التنظيمية مهمة التحقيق من مدى توفر هذه الشروط ومن ثم تسليم التراخيص لذوي الشأن، وتمكن تفسير اختصاص المشرع بتحديد شروط منح التراخيص على اعتبار أنه هو الذي يختص بتنظيم الحقوق و الحريات الاقتصادية.

وذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أن فرض القيود على نشاط معين من الأنشطة المذكورة إنما يتمثل في تنظيم هذا النشاط وترتيب أوضاعه ورسم السبل الواجبة الإتباع في ممارسته بحيث تجري تلك الممارسة في إطار منضبط تتحقق به الغاية المنشودة في هذا التنظيم ويمتنع معه كل جنوح أو شطط ولا يمكن بالتالي أن يصل فرض القيود إلى حد تجريم النشاط كلية وإلا كان ذلك من قبيل مصادرة النشاط و التغول على حرية المواطنين في العمل.

ومن أنواع التراخيص هناك التراخيص بالإندماجات بين المشتغلين وقد نص القانون المصري رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ في شأن حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية أن يتولى الجهاز تلقي الإخطارات من الأشخاص فور اكتسابها اي أصول أو حقوق ملكية أو إنتفاع أو أسهم أو إقامة إتحادات أو إندماجات أو دمج أو الجمع بين إدارة شخصين أو أكثر وبالتالي تكون رقابة جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية هي رقابة لاحقة.[١] في حين أن التشريعات المقارنة تشترط الموافقة السابقة لمجلس المنافسة ومن ذلك ما سلكه المشرع الجزائري في قانون المنافسة في الأمر ٠٣/٠٣ إذ تنص المادة ١٧ منه أن كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة ولاسيما بتعزيز وضعية هيمنة مؤسسة على سوق ما يجب أن يقدمه أصحابه إلى مجلس المنافسة الذي يبث فيه في اجل ٣ أشهر[٢]

ولا شك أن اشترط الموافقة السابقة يعد وسيلة رقابية أكثر من مجرد الاختصاص بتلقي الإخطارات اللاحقة على إتمام هذه العمليات.

كما أن هناك رقابة على الأسعار تشمل تحديد أسعار الخدمات والمنتجات بالنسبة للمستهلك النهائي ومن ذلك أسعار الدخول إلى الشبكات بالنسبة للمشتغلين الجدد.

ويمكن تفسير ميل المشرع إلى تخويل الأجهزة التنظيمية دورا مهما في مجال تحديد أسعار الخدمات والمنتجات في القطاعات الاقتصادية لتدخلها التنظيمي من ناحيتين فمن ناحية تعد هذه السلطة تحديد الأسعار أو التعريفات إحدى أكثر الأدوات التنظيمية فعالية في تمكين الأجهزة التنظيمية من بلوغ أهداف التدخل التنظيمي، لاسيما تلك المتعلقة بحماية المستهلكين.

ومن ناحية ثانية، فإن تحديد الأسعار أو التعريفات يحتاج، لاسيما في القطاعات الاقتصادية ذات الطابع الفني المعقد كما هو في قطاع الإتصالات، إلى خبرة ومعرفة فنية دقيقتين، ليس فقط بأسواق النشاط الاقتصادي المراد تحديد الأسعار أو التعريفات في إطاره، ولكن أيضا يجب أن تتسع هذه المعرفة لتشمل الخصائص الفنية للخدمات والمنتجات المراد تحديد تعريفاتها وهذه الخبرات الفنية التي لا تتوافر للوزارات الحكومية تعد أخص سمات الأجهزة التنظيمية، ومن ثم فأفضل جهة يناط بها القيام بهذا الدور هي الأجهزة التنظيمية.

ويلاحظ أن الجهاز القومي لتنظيم الإتصالات في مصر لا ينفرد تماما بهذا التحديد، بل يأخذ في اعتباره عند القيام بها الدراسات والإقتراحات التي يقدمها طالب الترخيص إلى الجهاز وفي ذات السياق، لا يجوز للمشغل أن يقدم خدمات الإتصالات بأقل من أسعارها المعتمدة من الجهاز إلا إذا وافق الجهاز على ذلك ولمدة محددة، كما يلتزم الجهاز بإلغاء هذه الموافقة في حالة الإخلال بقواعد المنافسة الحرة أو مستوى إزاء الخدمة.

---

١ د. وليد محمد الشناوي – المرجع السابق – ص ٥٥٧ -٥٧٥ .

٢ الأمر ٠٣/٠٣ المؤرخ في ١٩ يوليو سنة ٢٠٠٣ يتعلق بالمنافسة .

ومن ناحية أخرى، يبدو أن المشرع المصري لم يمنح جهاز حماية المنافسة أي دور في مجال تحديد الأسعار والتعريفات في قطاع الإتصالات وليس هناك شكل في أن ذلك يضعف من الدور الرقابي الذي يباشره هذا الجهاز في قطاعات الخاضعة للتدخل التنظيمي مما يجعل الجهاز يقف عاجزا في كثير من الأحيان التدخل بفعالية.[١]

وفي الجزائر فإنه يمكن لسلطة الضبط أن تقرر تأطير تعريفات خدمة أو سند خدمات للمتعامل أو مقدم خدمات وذلك بتحديد السعر الأدنى و السعر الأقصى وتتولى تبليغ التعريفات الجديدة للوزير المكلف بالمواصلات السلكية واللاسلكية، كما أن لسلطة الضبط مراجعة تأطير التعريفات بناءا على طلب المتعامل الاقتصادي صاحب الرخصة متى طرأت ظروف استثنائية.[٢]

مدى سلطة الإدارة في تعديل قواعد الترخيص

لقد اختلف الاتجاه القضائي في تحديد مدى سلطة الإدارة في تعديل قواعد الترخيص

الإتجاه الأول: تقرير حق الإدارة في تعديل قواعد الترخيص

سنحت الفرصة لمحكمة القضاء الإداري عند مراقبتها لمشروعية قرار مجلس إدارة الهيئة العامة لسوق المال باشتراطه قواعد للخبرة و الكفاءة للقائمين على بعض شركات الأوراق المالية في الدعوى رقم ٨٩١ لسنة ٥٢ قضائية بتاريخ ٢٠٠٨/٠٣/١٦ فقضت بأن:"........ لا يقدح في القرار المطعون فيه تضمنه نصا يفيد سريانه على الشركات القائمة وقت صدوره ذلك لأن القرار قد منح الشركات مدة سنة لتوفيق أوضاعها وفق أحكامه و لم يتم تطبيقه بأثر فوري، كما أنه لم يثبت للمحكمة أن هذه المدة تعسفية، فضلا عن أن مقتضيات التطبيق السليم لأحكام القانون تستوجب خضوع جميع الشركات و أيا كان تاريخ انشائها لإشتراطات موحدة حماية للمتعاملين في مجال سوق المال."

و تحليل هذا الحكم يقودنا إلى التقرير بأن المحكمة قد سلمت بمشروعية القرار الصادر بتعديل الاشتراطات الصادر بناء عليها الترخيص متى تم هذا التعديل بواسطة السلطة المختصة قانونا، و في إطار من العمومية و التجريد و أن سريان القرار بأثر رجعي على الشركات القائمة فعلا يتفق و التطبيق الصحيح للقانون متى كانت جهة الإدارة قد منحت الشركة مهلة معقولة لتوفيق أوضاعها، و أن المحكمة راقبت الغاية من القرار فتبين لها ابتغاؤه للصالح العام.[٣]

---

[١] د. وليد محمد الشناوي – المرجع السابق – ص ٥٧٦ .

[٢] مرسوم تنفيذي رقم ١٤١/٠٢ المؤرخ في ١٦ أفريل سنة ٢٠٠٢ يحدد القواعد التي يطبقها متعاملوا الشبكات العمومية للمواصلات السلكية و اللاسلكية من أجل تحديد تعريفة الخدمات المقدمة للجمهور .

[٣] د. أشرف أحمد عبد المنعم – رقابة الدولة على سوق الأوراق المالية – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة ٢٠٠٨ – ص ٣١٩

الإتجاه الثاني: رفض حق الإدارة في تعديل قواعد الترخيص

ذهبت محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٧١٣ لسنة٥٥ قضائية بجلسة ٢٠٠١/٠٤/٢٤ إلى أن القواعد التي يمنح الترخيص على أساسها منها ما هو منصوص عليه في اللائحة التنفيذية و منها ما يتضمنه القرار ذاته الصادر بالترخيص و الذي يتسم بصفة الديمومة ارتفاقا لطبيعة هذا الترخيص، و إعمالا لصريح دلالة النصوص المنظمة لإصداره، و أن الترخيص الصادر لشركة تكونت لممارسة نشاط التعامل في النقد الأجنبي استمدادا من أحكام تلك القواعد التنظيمية إنما هو ترخيص دائم ينشئ القرار الصادر بمنحه مركزا قانونيا ذاتيا للممنوح له يكسبه حقا من غير الجائز المساس به إلا في حدود تلك القواعد.

لكن من ناحية أخرى ذهبت محكمة القضاء الإداري على إمكانية سريان القواعد بأثر رجعي فهو جائز قانونا متى استدعت الضرورة أو المصلحة العامة ذلك على أن يصدر الإلزام من خلال الأداة التشريعية التي حددتها المادة ١٧٨ من الدستور و بالطريقة التي حددتها تلك المادة بأن تصدر الموافقة على القانون بأغلبية أعضاء مجلس الشعب و ليس بأغلبية الحضور منهم. (١)

و يرى الباحث أن الإتجاه الأول الذي يرى بإمكانية تعديل الترخيص هو الأحسن و ذلك لما فوضه التشريع للسلطات الإدارية المستقلة في تنظيم القطاعات الخاضعة لها و باعتبار أن هدفها الأساسي هو ابتغاء المصلحة العامة .

٢ – الاختصاصات العقابية

إن الوظيفة العقابية المنوطة بالأجهزة التنظيمية لمباشرتها في اختصاصاتها الضبطية قد تأخذ أحد الشكلين الأوامر أو الجزاءات ولما تطورت الجزاءات فإنها قد أخذت طابعا قضائيا والذي سندرسه في العنوان التالي:

ا – الأوامر: إن سلطة توجيه الأوامر معترف بها للأجهزة التنظيمية في إطار مباشرتها لامتيازات السلطة العامة وذلك لمواجهة أوجه السلوك المخالفة لاسيما في حالات الإستعجال.

وهذه الأوامر التي تملك الأجهزة التنظيمية توجيهها للمخالفين، يختلف مضمونها من حالة لأخرى، ومن ثم، فإن مضمون الأمر الموجه للقائم بالنشاط قد يعدو أن يكون مجرد تذكير من جانب الأجهزة التنظيمية بضرورة احترام الالتزامات التنظيمية، ويمكن أن يأخذ الأمر أو التذكير، في هذه الحالة صورة إخطار أو إعذار موجه إلى المخالف، ومن

[1] د. أشرف أحمد عبد المنعم – رقابة الدولة على سوق الأوراق المالية – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة ٢٠٠٨ – ص ٣١٩

ناحية ثانية، قد يتضمن الأمر فرض التزام جديد لوقف السلوك المخالف، وهذا الالتزام الجديد قد يتمثل في ضرورة التوقف عن عمل معيق، وقد يبدوفي صورة أكثر قهرا، وذلك حين يتضمن التزاما بعمل معين.

وقد منح المشرع المصري الأجهزة التنظيمية المنشأة حديثا سلطة الأمر ولم يعطها للقاضي أو يجعل مباشرتها ممكنا بالتوازي بين الأجهزة التنظيمية والقاضي من ذلك على سبيل المثال أن المادة ٢٠ من قانون حماية المنافسة تقرر أنه " على الجهاز عند ثبوت مخالفة أحد الأحكام الواردة بالمواد (٦. ٧ . ٨) من هذا القانون تكليف المخالف بتعديل أوضاعه وإزالة المخالفة فورا، أو خلال فترة زمنية يحددها مجلس إدارة الجهاز وإلا وقع الإتفاق أو التعاقد المخالف للمادتين (٦ . ٧) من هذا القانون باطلا، وللمجلس أن يصدر قرارا بوقف الممارسات المحظورة فورا ، أو بعد إنقضاء الفترة الزمنية المشار إليها دون تعديل الأوضاع وإزالة المخالفة". [١]

و من ذلك قرار مجلس إدراة الجهاز الصادر بتاريخ ١٥ أفريل ٢٠٠٧:

حيث تقدم رئيس مجلس إدارة احدى شركات القطاع الخاص العاملة في انتاج المواد العازلة ببلاغ للجهاز مرفقا به المستندات المؤيدة له، و قد ورد البلاغ بقيام الشركة بابرام عقد مع شركة منافسة من شركات القطاع الخاص عام ٢٠٠٣ تتضمن بنود تنص على عدم المنافسة بين الشركتين في انتاج و تسويق عدد من المنتجات، ومن ثمة فإنه بعد صدور قانون حماية المنافسة و منع الممارسات الاحتكارية عام ٢٠٠٥ يمكن أن تمثل مخالفة العقد للقانون الآمر الذي دعاه للتقدم بهذا البلاغ للتأكد من مدى قانونية هذه النصوص و سلامة موقف الشركة القانوني

فقرر مجلس إدارة الجهاز بجلسته المنعقدة بتاريخ ١٥ أبريل ٢٠٠٧ بعد الاطلاع على التقرير المعد من الجهاز مخالفة الشركة محل الفحص للمادة ٠٦ من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية . وهو ما اتخذ معه المجلس تدبير يقضي بتحلل الأطراف من البنود المخالفة للقانون، و إخطار الجهاز بذلك خلال ٣٠ يوما من إخطارهم بقرار الجهاز، و في حالة عدم الالتزام بقرار الجهاز يتم إحالة الأوراق الي الوزير المختص لتحريك الدعوى الجنائية. و قد أخطرت الشركتين الجهاز بالتزامهما بالقرار الصادر [٢].

وفي فرنسا أيدت محكمة استئناف باريس لقرار مجلس المنافسة الصادر بوقف إرسال نشرات دعائية لشراء خطوط الهاتف الخلوى للمشتركين فى خدمة الهاتف الثابت لشركة فرنسا للإتصالات مما يعد استغلالا للقيام بحملة دعائية مجانية لبيع الهواتف النقالة عن

---

[١] د – وليد محمد الشناوي – المرجع السابق – ص ٥٧٨ -٥٨٣ .

[٢] عمر محمد الحامد – الاحتكار و المنافسة غير المشروعة دراسة تحليلية مقارنة – رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ٢٠١٠– ص ٢٧٥ .

طريق استغلال الامتياز الممنوح للشركة مما يعد مقيدا للمنافسة ، وهذا ما بعث بشركتي SFR ، Boujgues إلى تقديم شكوى لمجلس المنافسة(١).

كما أيدت محكمة استئناف باريس القرار الصادر عن مجلس المنافسة ضد شركة société maritime Corse méditerranée و ذلك عندما أمرها بعدم تقديم عرض كلي عن كافة خطوط النقل و تقديم عروض متعددة لكل خط على حدى حتي لا تسيء استعمال الوضع المسيطر و لا تضر بالمشروعات المنافسة (٢).

ب – سلطات البحث و التقصي وجمع المعلومات

للأجهزة التنظيمية سلطات متعددة في البحث والتقصي وجمع المعلومات للتعرف على كل ما يتعلق بالقطاعات الاقتصادية الخاضعة للتنظيم حتى تتمكن من مباشرة دورها الرقابي على مختلف جوانب النشاط الاقتصادي الخاضع للتنظيم ومن ثمة التأكد من مدى وفاء القائمين بهذا النشاط بالالتزامات الواقعة على عاتقهم ليس فقط بموجب التراخيص التنظيمية الممنوحة لهم ولكن أيضا بالقواعد و المعايير الواردة في التشريع التنظيمي سواء كان مصدر هذه القواعد و المعايير المشرع أم الأجهزة التنظيمية نفسها، وبالإضافة إلى ذلك قد يلزم المشرع المشروعات الخاضعة للتنظيم بتقديم تقارير للأجهزة التنظيمية التي تقع هذه المشروعات في دائرة اختصاصها.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١١ من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم ٠٣ لسنة ٢٠٠٥ على أن جهاز حماية المنافسة يتولى تلقي الطلبات باتخاذ إجراءات التقصي و البحث وجمع الإستدلالات و الأمر باتخاذ هذه الإجراءات بالنسبة لحالات الإتفاقات والمنافسات الضارة بالمنافسة وذلك طبقا للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.(٣)

و من ذلك الدراسة التي قام بها جهاز حماية المنافسة و منع الممارسات الاحتكارية إثر الطلب المحال من وزير التجارة و الصناعة بتاريخ ١٦ يوليو ٢٠٠٦ بشأن إعداد الدراسات و البحوث اللازمة فيما يتعلق بقطاع الاسمنت في السوق المصري. و طلب

---

[١] د. لينا حسن ذكي – قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار – طبعة ٢٠٠٥، ٢٠٠٦ – ص ٣٢١ – ٣٢٢

[2] قرار منقول عن الموقع الالكتروني لمجلس المنافسة الفرنسي : Dans l'**arrêt SNCM du 9 mars 2010** la cour a rejeté le moyen tiré de **l'absence d'objet de la saisine du Conseil. La SNCM (Société maritime Corse Méditerranée)** avait été sanctionnée pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché du renouvellement de la délégation de service public concernant les liaisons entre Marseille et la Corse en présentant une offre globale et indivisible excluant les autres soumissionnaires qui n'étaient pas en mesure de proposer une telle offre.Cette affaire avait donné lieu à une décision de mesures conservatoires, rendue àla demande de deux sociétés concurrentes, la Compagnie méridionale de navigation (CMN) et Corsica Ferries, par laquelle le Conseil avait enjoint à la SNCM
de présenter une offre divisible, ligne par ligne, permettant à la collectivité corse de comparer les différentesoffres en concurrence sur leurs mérites propres

[٣] د. وليد محمد الشناوي – المرجع السابق – ص ٥٨٤ – ٥٨٦ .

الكشف فيما إذا كان هناك اتفاقات و ممارسات ضارة بالمنافسة في هذا القطاع الحيوي نظرا لما كشف عنه الواقع العملي في الفترة الماضية من الزيادة غير المبررة في أسعار الاسمنت، و ذلك في ضوء الأحكام الواردة في قانون حماية المنافسة و منع الممارسات الاحتكارية رقم ٠٣ لسنة ٢٠٠٥ .

و انتهى مجلس المنافسة في دراسته الصادرة بتاريخ ٠٣ أكتوبر ٢٠٠٧ إلي وجود اتفاق بين الشركات المنتجة على رفع الأسعار بالمخالفة للمادة ٠٦ أ و كذلك اتفاق علي تقييد عمليات التسويق بالمخالفة للمادة ٠٦ د من قانون حماية المنافسة . و بناء على النتائج التي انتهى إليها التقرير أحال مجلس المنافسة التقرير إلى وزير الصناعة و التجارة الذي قدم بلاغ الي النيابة العامة لتحريك الدعوى الجنائية أين سارت الإجراءات إلى إحالة شركات الاسمنت إلى المحاكمة الجنائية [١].

كما صدر قرار عن مجلس إدارة الجهاز بتاريخ ٠٦ مارس ٢٠٠٧ . حيث تقدمت إحدى شركات قطاع الأعمال العام ببلاغ في ٢٦ يوليو ٢٠٠٦ ضد إحدى شركات القطاع العام بقيام الشركة الأخيرة ببيع منتجات الكلور السائل و حامض الهيدروكلوريد و هيدروكلوريد الصوديوم بسعر يقل عن التكلفة بالمخالفة لقانون حماية المنافسة و منع الممارسات الاحتكارية

و انتهى الجهاز بعد الدراسة لمستندات الشركة المشكو في حقها و مراجعة قائمة التكاليف الخاصة بالمنتجات محل الشكوى و مقارنتها بأسعار البيع من واقع فواتير البيع الخاصة بتلك العقود أن الشركة تتوافر لها عناصر السيطرة على السوق المعنية إلا أنه لم يثبت من الفحص قيامها ببيع المنتجات محل الشكوى بأقل من تكلفتها الحدية أو متوسط كلفتها المتغيرة الأمر الذي لا تعتبر معه الشركة مخالفة لنص المادة ٠٨ ج من قانون حماية المنافسة [٢].

كما انتهى جهاز حماية المنافسة من دراسة سوق حديد التسليح في مصر و توصل إلى أنه لم يثبت وجود اتفاقات أو تعاقدات بين الشركات العاملة في إنتاج حديد التسليح تخالف المادة ٠٦ من القانون، و لم يثبت وجود اتفاقات أو تعاقدات بين الشركات العاملة في إنتاج الحديد التي تتمتع بالسيطرة و أي من مورديها أو عملائها تخالف المادة ٠٧ من القانون، كما توصل الجهاز إلي أنه لم يثبت وجود إساءة لإستخدام الوضع المسيطر لمجموعة العز . و قد أحال مجلس إدارة الجهاز التقرير الخاص بالحديد الي وزير التجارة و الصناعة مقدم الطلب [٣].

---

[١] د.عمر محمد الحامد ـ المرجع السابق ـ ص ٢٧٥ .
[٢] المرجع نفسه ـ ص ٢٦٥ .
[٣] أميرة عبد الغفار محمد أبو زيد ـ الوسائل القانونية لمكافحة الممارسات الاحتكارية ـ رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ٢٠١٠ـ ص ٣٣١ .

وفي كثير من الأحيان تستهدف سلطات التقصي والبحث وجمع المعلومات بل و التفتيش في حالات معينة، رقابة الجوانب الفنية للنشاط الاقتصادي الخاضع للتنظيم، من ذلك على سبيل المثال أن المادة ٥٥ من قانون تنظيم الإتصالات رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣ تنص على أن للجهاز استخدام الوسائل التي تمكنه من الكشف عن إستخدامات الترددات غير المرخص بها، والتحقق من التزام المرخص لهم بشروط الترخيص، كما يكون للجهاز التفتيش على الأجهزة اللاسلكية المصرح بها للتحقق من مطابقتها لشروط الترخيص." [١]

في الجزائر ينص المرسوم التشريعي رقم ١٠/٩٣ المؤرخ في ٢٣ مايو ١٩٩٣ المتعلق بالبورصة على أن في المادة ٣٥ منه على أن: تتأكد اللجنة من أن الشركات المقبول تداول قيمها المنقولة في بورصة القيم المنقولة تتقيد بالأحكام التشريعية والتنظيمية السارية عليها ولاسيما في مجال القيم المنقولة وعقد الجمعيات العامة وتشكيلة أجهزة الإدارة والرقابة وعمليات النشر القانونية وتأمر هذه الشركات عند الإقتصاء نشر استدراكات فيما إذا لوحظت حالات سهو في الوثائق المنشورة أو المقدمة.[٢]

كما تنص المادة ٢١٠ من القانون ٠٤/٠٦ المتعلق بالتأمينات على أن تكلف لجنة الإشراف على التأمينات بما يأتي: ([٣])

- السهر على احترام شركات ووسطاء التأمين المعتمدين، الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتأمين وإعادة التأمين.

- التأكد من أن هذه الشركات تفي بالالتزامات التي تعاقدت عليها إتجاه المؤمن لهم ولازالت قادرة على الوفاء.

- التحقق من المعلومات حول مصدر الأموال المستخدمة في إنشاء أو زيادة رأسمال شركة التأمين و أو إعادة التأمين.

ويميز المجلس الدستوري الفرنسي بين سلطات التحقيق والتقصي التي تتسم بطابع قصري وتلك التي تخلو من كل سمة للقهر فالأولى تدخل في نطاق المادة ٦٦ من الدستور أي يجب أن تمارس تحت رقابة فعالة من جانب القضاء، كما هو الحال بالنسبة للسلطات المخولة للإدارة في المجال الضريبي أو تلك الموضوعة تحت تصرف لجنة شفافية تعددية الصحافة إذ إنه من واجب السلطة القضائية السهر على ضمان حماية الحرية الفردية بمختلف جوانبها، أما النوع الثاني من السلطات والتي تخلو من سمة القهر فإنها لا تخضع لرقابة القضاء. ومن ذلك الرقابة التي تملكها لجنة عمليات البورصة ورتب المشرع على عرقلة مباشرة مهام الموظفين جزاءات جنائية.

---

[١] د. وليد محمد الشناوي ـ المرجع السابق ـ ص ٥٨٤ ـ ٥٨٦ .

[٢] المرسوم التشريعي رقم ١٠/٩٣ المؤرخ في ٢٣ مايو ١٩٩٣ المتعلق بالبورصة .

[٣] القانون ٠٤/٠٦ المؤرخ في ٢٠ فيفري ٢٠٠٦ المتعلق بالتأمينات .

كما اشترط المجلس الدستوري الفرنسي ضرورة احترام الأجهزة التنظيمية حال مباشرتها لهذه السلطات للغاية المبررة لمباشرتها وبعبارة أخرى، لا يجوز للأجهزة التنظيمية اللجوء إلى هذه السلطات إلا عندما يكون ذلك ضروريا للنهوض بالمهام المسندة إليها.

وقد ذهب القانون المصري إلى احترام هذه المتطلبات ومن ذلك أن اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة قد جعلت مباشرة هذه السلطات مقصورة على العاملين بجهاز حماية المنافسة ممن يحملون صفة الضبطية القضائية، كما نصت اللائحة التنفيذية على حق العاملين بجهاز حماية المنافسة في الزيارة على أماكن أو مقار عمل الأشخاص الخاضعين للفحص على أنه لا يجوز القيام بهذه الزيارات إلا في أوقات العمل الرسمية وبعد الحصول على إذن كتابي من المدير التنفيذي للجهاز.(١)

ثالثا: الوسائل ذات الطبيعة القضائية

تتمتع الأجهزة التنظيمية باختصاصات قضائية أو شبه قضائية وتتمثل هذه الاختصاصات في فض المنازعات في القطاعات الاقتصادية الخاضعة للتنظيم أو مجازاة أوجه السلوك المخالفة لقواعد القانون التنظيمي ولكنها تختلف بطريقة مباشرتها عن تلك السلطات القضائية التقليدية.

أ ـ سلطة التدخل لتسوية المنازعات

تنحصر هذه السلطة في تسوية المنازعات التي تثور في قطاعات الصناعات الشبكية و المتعلقة بالدخول إلى الشبكات أو الترابط فيما بينها ويذهب البعض في تفسير ذلك إلى أن سلطة الأجهزة التنظيمية سلطة استثنائية بحسب طبيعتها وبذلك يجب تحديدها كما أنه يجب على الأجهزة التنظيمية أن تمارس سلطتها في تسوية المناعات بصورة إجبارية وايجابية، ومن ناحية ثالثة يجب على الجهاز التنظيمي حال تدخله لتسوية نزاع معين أن لا ينظر إلى هذا النزاع بمعزل عن باقي ظروف وأوضاع القطاع الاقتصادي الذي ثار فيه.

كما أن اللجوء إلى الجهاز التنظيمي لتسوية المنازعات التي تثور في القطاع الاقتصادي الخاضع لتدخله يكون إجباريا من ذلك على سبيل المثال أن أطراف النزاع الذي يدخل في نطاق اختصاص الجهاز القومي لتنظيم الإتصالات المصري لا يجوز لهم اللجوء إلى القضاء بشأن هذا النزاع إلا بعد صدور قرار نهائي فيه من الجهاز أو مضي ٦٠ يوما من تاريخ عرض النزاع عليه أيهما اقرب.(٢)

---

[1] د. وليد محمد الشناوي – المرجع السابق – ص ٥٩٦ – ٥٩٨.
[2] المرجع نفسه – ص ٢٠٩ - ٢١٢.

وفي فرنسا فإنه وفقا لنصوص تقنين البريد و الإتصالات، تفصل سلطة تنظيم الإتصالات ART في النزاعات المعروضة عليها بعد أن تطلب من الأطراف تقديم ملاحظاتهم ويجب أن تكون قراراتها، الصادرة في هذا الخصوص مسببة، وتصدر هذه القرارات علانية ما لم يتعلق الأمر بأسرار يحميها القانون.

ومن ناحية أخرى، يجب أن تفصل سلطة تنظيم الإتصالات في هذه المنازعات خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الطلب إليها من أحد الأطراف، على أنه يجوز مد هذه الفترة إلى ستة أشهر إذا ما دعت حاجة التحقيق أو اللجوء إلى الخبرة إلى ذلك، ويعلن القرار الصادر تسوية للنزاع إلى الأطراف من خلال خطاب موصي عليه بعلم الوصول، كما تحيط سلطة تنظيم الإتصالات أطراف النزاع علما بكل الملاحظات أو المستندات التي يقدمها أي من الأطراف ويحدد لكل منهم مهلة معينة للرد على تلك الملاحظات و المستندات ويمكن سماع الأطراف في هذا الخصوص.

وهكذا فإن الأحكام التي تتضمنها هذه النصوص تعني أن وظيفة سلطة تنظيم الإتصالات وبالمثل كافة الأجهزة التنظيمية المستقلة التي تباشر هذه الوظيفة، في تسوية المنازعات تدخل في نطاق تطبيق الفقرة الأولى من المادة السادسة من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وهي المادة التي تكرس ضمانات المحاكمة المنصفة، وتتولى اللائحة الداخلية لسلطة تنظيم الاتصالات بيان كيفية وضع هذه المبادئ موضع التطبيق على نحو يكفل ليس فقط الشفافية في الإجراءات، ولكن أيضا بما يضمن احترام مبدأ الأمن القانوني.[1]

ب- سلطة توقيع الجزاءات الإدارية

لقد حاول الفقه إيجاد تعريف للجزاء الإداري ويمكن رصد ثلاثة إتجاهات في الفقه الفرنسي يحاول كل منها تحديد ذاتية الجزاء الإداري، ذهب إتجاه أول إلى تبني معيار يأخذ في الاعتبار هوية الخاضعين للجزاء، حيث اشترط هذا الإتجاه الفقهي وجود رابطة سابقة بين الإدارة وبين الأفراد المخاطبين بالجزاء، ويترتب على هذا الإتجاه الفقهي، في تعريف الجزاء الإداري أنه لا يدخل في دائرة الجزاءات الإدارية سوى تلك التي توقعها الإدارة على أفراد كانوا مرتبطين معها بروابط سابقة.

ورغم أن بعض الفقهاء، داخل هذا الإتجاه، قد أبرزوا أهمية الروابط السابقة بين الإدارة و الأفراد في تحديد ذاتية الجزاء الإداري، إلا أنهم لم يصلوا إلى اعتبار هذه الروابط شرطا لا غنى عنه، ويفهم ذلك من إشارتهم إلى أنه يدخل ضمن طائفة الجزاءات الإدارية تلك التي توقعها الإدارة نتيجة مخالفة التزام قانوني.

---

[1] د. وليد محمد الشناوي – المرجع السابق – ٦٥٦ – ٦٥٧ .

وثمة إتجاه ثان يميل إلى تبني معيار للجزاء الإداري، يعول بصفة أساسية على مضمون هذا الجزاء، ووفقا لهذا الإتجاه، فإن الجزاء الإداري هو ذلك الذي يطبق على موضوع العلاقة بين الإدارة والأفراد.

وواضح أن هذا التعريف يدخل في طائفة الجزاءات الإدارية التي تشكل مساسا بذوي الشأن في علاقتهم بالإدارة، أي الجزاءات التي يكون موضوعها إداريا، ومن ثم تدخل في طائفة الجزاءات الإدارية، وفقا لهذا الاتجاه، الجزاءات التأديبية والعقوبات التعاقدية وسحب الموافقات، بينما يخرج من دائرة الجزاءات الإدارية، وفقا لهذا التعريف الجزاءات التي تشكل مساسا بحالة المواطن، وهذا النوع من الجزاءات لا يقتصر على الجزاءات السالبة للحرية، بل يشمل أيضا الجزاءات المالية على اعتبار أن هذه الأخيرة تشكل مساسا بالذمة المالية للخاضع للجزاء المالي.

وأخيراً ذهب إتجاه فقهي إلى الأخذ بمعيار عضوي في تحديد ذاتية الجزاء الإداري، ومؤدي هذا الإتجاه الفقهي أن الجزاء الإداري تتحدد ذاتيته بالنظر إلى طبيعة الجهة المصدرة للجزاء، ومن ثم فالجزاء الإداري ليس شيئا آخر سوى ذلك الذي توقعه سلطة إدارية أو بالأحرى سلطة مخولة مكنة إتخاذ قرارات إدارية، ولا يكون بالتالي جزءا إداريا الذي توقعه سلطة قضائية، ويترتب على تبني هذا المعيار أن الجزاء الذي يوقعه القاضي لا يكون جزاء إداريا من ولو تطابق في مضمونه، مع الجزاء الإداري الذي توقعه السلطة الإدارية كسحب رخصة القيادة على سبيل المثال، حيث يكون هذا الجزاء قضائيا إذا نطق به القاضي العادي، بينما يكون إداريا إذا وقعته سلطة إدارية إلا أن هذا المعيار العضوي، رغم وضوحه وبساطته الظاهرة، يثير بعض الصعوبات في التطبيق، ويمكن رد هذه الصعوبات إلى الشك الذي يثور حول طبيعة السلطة الموقعة للجزاء، وما إذا كانت هذه الأخيرة قضائية أم إدارية، ويظهر هذا الغرض بصفة خاصة عندما لا يحدد المشرع، بصورة حاسمة الطبيعة الإدارية أو القضائية للجهة المصدرة للجزاء.[١]

ويذهب المجلس الدستوري الفرنسي إلى تطبيق معيار عضوي في تحديد الجزاء الإداري ويخلص إلى أن الجزاء الإداري هو الذي يصدر عن سلطة إدارية كما يعتمد كذلك على معيار نابع من مضمون الجزاء ويذهب إلى أن الجزاء الإداري لا يتضمن سلبا للحرية.[٢]

وقد عرض على المجلس الدستوري الفرنسي طعون عديدة تشكك في دستورية الجزاءات التي توقعها الهيئات الإدارية المستقلة ويمكن التمييز بين مراحل ثلاث مر بها موقف المجلس الدستوري الفرنسي من هذه الجزاءات.

---

١ د .وليد محمد الشناوي – المرجع السابق – ص ٦٧١ – ٦٧٤ .

٢ المرجع نفسه – ص٦٩٠ .

ففي مرحلة أولى، كان الموقف المبدئي للمجلس الدستوري هو رفض إقرار دستورية هذا الجزاءات استنادا إلى تعارضها مع مبدأ الفصل بين السلطات.

بينما مال المجلس في مرحلة ثانية إلى قبول هذه الجزاءات شريطة أن تكون موقعة في إطار علاقة سابقة بين الإدارة التأديبية وهؤلاء الخاضعين لهذه الجزاءات كما هو الحال للجزاءات التعاقدية.

وأخيرا توج المجلس الدستوري الفرنسي موقفه من الجزاءات الإدارية في حكمه الصادر في ٢٨ يوليو ١٩٨٩.

وقد جاء هذا الحكم الدستوري مكرسا لدستورية الجزاءات الإدارية بصورة واضحة لا لبس فيها، مما دفع الفقه الفرنسي إلى النظر إليه باعتباره القول الفصل في إنهاء الجدل الثائر حول دستورية هذه الجزاءات حيث قرر المجلس الدستوري الفرنسي، في هذا الحكم، أنه لا يجد في مبدأ الفصل بين السلطات ولا في أي مبدأ آخر ذي قيمة دستورية مانعا يحول دون الإعتراف للسلطة الإدارية التي تتصرف في حدود ما تتمتع به من إمتيازات السلطة العامة لممارسة سلطة الجزاء شريطة توافر قيدين، يتمثل أولهما في ضرورة ألا تكون هذه الجزاءات من الجزاءات السالبة للحرية، بينما يظهر ثاني القيدين في ضرورة خضوع سلطة الجزاء هذه للضمانات التي تكفل حماية الحقوق و الحرية المضمونة دستوريا.(١)

وفي مصر يبدي المشرع ترددا واضحا في منح الإدارة بصفة عامة، و الأجهزة التنظيمية، بصفة خاصة سلطة توقيع جزاءات إدارية عامة، لا سيما تلك التي تأخذ شكل الجزاءات المالية، وذلك على الرغم من الأهمية المتزايدة لهذا الشكل الأخير من الجزاءات الإدارية في التشريعات التنظيمية المقارنة لا سيما في مجال الاقتصاد، والعمل و البيئة، ويبرر ذلك، عادة بأن الغرامات تتضمن معنى العقوبة، والقاعدة أنه لا عقوبة إلا بحكم قضائي وذلك في إشارة إلى أن منح جهة إدارية سلطة توقيع غرامات سيكون مخالفا للمادة ٦٦ من الدستور المصري.

بيد أن جانبا من الفقه المصري يذهب بحق إلى أنه لا يمكن الإستناد إلى هذه المادة لرفض منح جهة إدارية سلطة توقيع جزاء مالي، لأنه إذا كانت المحكمة الدستورية العليا قد استندت إلى هذه المادة في القضاء بعدم دستورية منح مدير الجمارك وهو سلطة إدارية مكنة توقيع جزاء الغرامة، فإن دافع المحكمة لهذا القضاء أن الأمر يتعلق، في الحالة الماثلة بمخالفة جنائية لا يملك دستوريا، توقيع العقوبة بصددها إلا القاضي وعلى النقيض من ذلك، عندما يتعلق الأمر بمجرد مخالفة إدارية، ليس لها أي صفة جنائية، فليس ثمة ما يمنع

---

١ د .وليد محمد الشناوي – المرجع السابق –ص٧١٠ .

قانونا، منح سلطة توقيع الغرامة لجهة إدارية، ويستوي بعد ذلك أن تكون هذه الجهة جهازا تنظيميا أوجهة إدارية تقليدية.

ومن ناحية ثانية، خلافا لدور القاضي الذي يهدف، حين توقيع الجزاءات إلى مجرد الردع، فإن الأجهزة التنظيمية يجب أن تأخذ في اعتبارها، عند توقيع هذه الجزاءات، حالة السوق و الدور الذي تقوم به المؤسسات الاقتصادية.

وليس معنى ما تقدم أن التشريع المصري يخلو من الجزاءات الإدارية العامة تماما، بل يعرف من هذه الجزاءات غلق المنشآت وسحب التراخيص ووقف النشاط.[١]

كما تنص القوانين الجزائرية على حق الهيئات الإدارية المستقلة في توقيع عقوبات ومن ذلك نص المادة ٢٤١ من القانون ٠٤/٠٦ المتعلق بالتأمينات إذ تنص على أن العقوبات المطبقة على شركات التأمين هي:

١ – عقوبات تقررها لجنة الإشراف على التأمينات.

- عقوبات مالية.

- الإنذار.

- التوبيخ.

- إيقاف مؤقت لواحد أو أكثر من المسيرين بتعيين أو دون تعيين وكيل متصرف مؤقت.

٢- عقوبات يقررها الوزير المكلف بالمالية بناء على اقتراح من لجنة الإشراف على التأميات بعد أخذ رأي المجلس الوطني للتأمينات:

- السحب الجزئي أو الكلي للإعتماد.

- التحويل التلقائي لكل أو جزء من محفظة عقود التأمين

وتخضع الجزاءات الإدارية إلى ضمانات دستورية تتمثل في مجموعها في ضمانات موضوعية وضمانات إجرائية.

١- الضمانات الموضوعية للجزاءات الإدارية

تتمثل الضمانات الموضوعية في مبدأ شرعية المخالفات الإدارية وعدم رجعية القانون العقابي الأشد قسوة ومبدأ عدم تعدد الجزاءات ومبدأ أصل البراءة.

---

[١] د .وليد محمد الشناوي – المرجع السابق –٧١٣ – ٧١٥ .

ا – مبدأ شرعية المخالفات الإدارية

أكد المجلس الدستوري الفرنسي أنه لا جزاء إداري بغير نص موضحا أن مبدأ الشرعية في شقه الجزائي كغيره من المسائل العقابية لا يقتصر إعماله علي الجزاءات الجنائية فحسب و إنما يسرى أيضا بالنسبة لكل جزاء ردعي يعهد به المشرع إلي جهة غير قضائية . و سار مجلس الدولة الفرنسي علي نهج المجلس الدستوري مقررا أن مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات لا يقتصر تطبيقه على الجزاءات الجنائية و إنما يشمل الجزاءات الادارية العامة و التي من بينها الغرامة. (١)

يجب علي المشرع سواء كان السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصيل بتحديد الجزاءات الادارية العامة أو السلطة التنفيذية عندما تحدد الجزاء بناء على تفويض تشريعي، أن تحدد الجزاء بصورة واضحة بعيدة عن أي غموض، حتي يكون الأفراد علي علم بحجم الجزاء الذي سيوقع عليهم إن ارتكبوا المخالفة الإدارية و حتي تتمكن الإدارة من تطبيقه تطبيقا صحيحا بعيدا عن أي تأويل أو تحريف. (٢)

كما أن الإدارة لا توقع جزاء لم يرخص لها المشرع بتوقيعه حيث أكدت المحكمة الإدارية العليا أن القانون إذا حدد حالات إلغاء الترخيص علي سبيل الحصر فلا يجوز للإدارة أن توقعه في غير هذه الحالات فقضت بأن:" ... القانون قد حدد الحالات التي يجب فيها إغلاق الملهي أو ضبطه إذا تعذر إغلاقه، و الحالات التي يجوز فيها ذلك، كما حدد حالات إلغاء الترخيص على سبيل الحصر. مما مفاده أنه يتعين لإلغاء الترخيص ضرورة توفر احدي الحالات المحددة في القانون و أن تقوم في الأوراق دلائل على ثبوت قيام هذه الحالة، و على ذلك فإنه لا ترخيص و لا تقدير لجهة الإدارة لإلغاء ترخيص هذه المحال في غير الحالات المحددة في القانون ....." (٣)

إلا أن الإدارة ملزمة بمجموعة من الضوابط عند تحديد العقوبات الإدارية، ومن ذلك أن لا تكون هذه العقوبات سالبة للحرية ولا تنطوي العقوبة على مصادرة أحد الحقوق، وتأكيدا لذلك فقد أشارت المحكمة الدستورية العليا إلى أن المشرع نهي عن المصادرة العامة في حين أجاز المصادرة الخاصة بحكم قضائي وليس بقرار إداري حرصا منها على الطبيعة الدستورية لحق الملكية من أن يمس بقرار تصدره الإدارة. (٤)

ب – مبدأ عدم رجعية القانون العقابي الأشد قسوة

تقتضي الطبيعة العقابية للجزاءات الإدارية أن يتم إخضاع هذه الجزاءات لذات الضمانات الدستورية السارية في مجال الجزاءات الجنائية ولعل مبدأ عدم رجعية القانون

---

١ ناصر حسين محسن أبو جمة العجمي – الجزاءات التي توقعها الإدارة في غير مجال العقود و التأديب " دراسة مقارنة " – رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ٢٠ – ص ٣٥٧ .
٢ المرجع نفسه – ص ٣٥٨ .
٣ المرجع نفسه – ص ٣٦١ .
٤ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة – ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية منشأة المعارف الاسكندرية – ٢٠٠٨ – ص ٦٥ .

العقابي الأشد قسوة يعد أحد أهم هذه الضمانات نظرا لما يكفله المبدأ من حماية للأفراد في مواجهة الإدارة حتى لا تفاجئهم هذه الأخيرة بتوقيع جزاءات عليهم عن أفعال لم تكن محظورة قانونا وقت إتيانها.[١]

و قد أكد المجلس الدستوري الفرنسي أن :" مبدأ عدم الرجعية لا يقتصر فقط فحسب علي العقوبات التي تطبق عن طريق القضاء الجنائي و إنما ينسحب تطبيقه لزوما علي كل جزاء ذي طبيعة عقابية حتي و لو أسند المشرع مهمة اتخاذه إلي جهة غير قضائية" .[٢]

كما أقرت المحكمة الدستورية العليا مبدأ عدم رجعية النصوص الجزائية بقولها:" أن مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات غدا أصلا ثابتا كضمان ضد التحكم فلا يؤثم القاضي أفعالا ينتقيها ، و لا يقرر عقوبات وفق اختياره، إشباعا لنزواته أو انقلاب عن الحق و العدل.و صار التأثيم بالتالي و بعد زوال السلطة المنفردة عائدة إلى المشرع، إذ يقرر للجرائم التي يحدثها عقوباتها التي تناسبها، فلا يكون سريان النصوص القانونية التي تنظمها رجعيا بل مباشرا لتحكم الأفعال التي تقع بعد العمل بالقانون".

و إلي جانب الطبيعة العقابية للجزاء الإداري فإن عدم الرجعية يجد أساسه أيضا في عدم رجعية القرارات الإدارية فالجزاء الإداري العام ليس إلا قرار إداريا و يسرى عليه ما يسرى علي القرارات الإدارية عموما [٣]

ج – مبدأ عدم تعدد الجزاءات

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى إبطال وإعدام أثر القرار الصادر بعقوبة عن مخالفة سبق العقاب عنها، لانعدام سنده القانوني ومخالفته للنظام العام العقابي بإهداره سيادة القانون أساس الحكم في الدولة إضافة لعدم احترامه لحقوق الإنسان التي تقضي بعدم جواز تكرار العقوبة عن ذلك الفعل، وقد أضفت المحكمة الدستورية العليا على تلك الضمانة أهمية خاصة حين اعتبرتها مبدأ دستورياً تأسيسا على أن "....الجريمة الواحدة لا تزر وزرين وباستيفاء من ارتكابها للعقوبة المقررة لها وهي عقوبة لا يفرضها المشرع جزافا، وإنما يفرد لكل جريمة العقوبة التي يرتئيها مناسبة لها، فإن الحق في القصاص يكون قد بلغ غاية الأمر فيه ..." [٤]

---

١ د .وليد محمد الشناوي – المرجع السابق – ص ٧٤٤ .
٢ ناصر حسين محسن أبو جمة العجمي – المرجع السابق – ص ٣٦٦ .
٣ المرجع نفسه– ص ٣٦٧ـ ٣٦٨ .
٤ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة – المرجع السابق – ص ٧٢ .

د ــ مبدأ أصل البراءة

إذا كان أصل البراءة يرقى إلى مرتبة المبادئ ذات القيمة الدستورية في النظم القانونية، ومن ثم يعد أحد المبادئ الأساسية في مجال القانون الجنائي ذلك أن أصل البراءة يبقى ثابتا لا يتزحزح إلى أن ينقض من خلال حكم قضائي بات، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للقانون الإداري العقابي، حيث يقع على عاتق المتهم عبء إثبات براءته، ومن ثم فإن الشك لا يفسر في هذه الحالة لمصلحة المتهم، و إنما يخدم مصلحة الإدعاء، لأنه يفترض قيام القرار على أسباب صحيحة، و بالتالي لا يملك القاضي الذي يكون القرار الإداري المتضمن لجزاء مطعونا عليه أمامه إلا تخفيف عبء الإثبات الملقى على عاتق المتهم إذا ما تبين له أن القرار العقابي الطعين يفتقر إلى السند القانوني.

فللقاضي أن يطلب من الإدارة أن تقدم الأسباب الواقعية و القانونية التي دفعتها إلى إصدار القرار العقابي، وذلك بصفة خاصة إذا جاء قرارها خالياً من التسبيب أو كان التسبيب غير كاف ، فإذا ما تذرعت الإدارة بالصمت في هذه الحالة ، فإن صمتها يفسر لمصلحة من اتخذ القرار العقابي في مواجهته، ويترتب على ذلك انقلاب عبء الإثبات لمصلحة المتهم.

إن مبدأ أصل البراءة لا يطبق في مجال القانون الإداري العقابي بذات الطريقة التي يطبق بها في مجال القانون الجنائي.[١]

٢ ــ الضمانات الإجرائية للجزاءات الإدارية

يمكن سرد الضمانات الإجرائية في مبدأ إحترام حقوق الدفاع، مبدأ الحياد، الاتصال التلقائي بالدعوى، مبدأ المواجهة، علنية الجلسات، تسبيب قرارات الجزاء الإداري، وقف تنفيذ قرارات الجزاء الإداري.

ا ــ مبدأ احترام حقوق الدفاع

وهذه القاعدة يكرسها القضاء الدستوري الفرنسي في هذا الصدد فأنه ليس ثمة جزاء يمكن توقيعه دون أن يكون قد أتيحت للمتهم الفرصة لإبداء ملاحظاته بشأن الوقائع المسندة إليه وكذلك الإطلاع على الملف الخاص به مع ضرورة احترام التوازن الإجرائي بين الخصوم.[٢]

١ د. وليد محمد الشناوي ــ المرجع السابق ــ ص ٧٦٨ -٧٦٩ .
٢ المرجع نفسه ــ ص ٧٧٧ .

ب – مبدأ الحياد

لقد ميزت المحكمة الدستورية العليا بين مبدأ استقلال القضاء وحياده حيث أشارت على أن استقلال السلطة القضائية يعني أن تعمل هذه السلطة بعيدا عن أشكال التأثير الخارجي التي توهن عزائم رجالها فيميلون معها إغواء أو إرغاما ترغيبا أو ترهيبا أما إذا كان انصرافهم عن إنفاذ الحق تحاملا من جانبهم على أحد الخصوم وانحيازا لغيره كان ذلك منافيا لضمانة التجرد مما يقدح من ثم في حياد القاضي. ومن أهم ما ذهب إليه القضاء في تجسيد مبدأ الحياد الوظيفي قضى بأن قيام أحد أعضاء مجلس المنافسة بإعداد تقرير أو إجراء تحقيق بشأن وقائع معينة معروضة على مجلس المنافسة يجعل مشاركة هذا العضو بعد ذلك، في المداولات خروجا على مبدأ الحياد الموضوعي.(١)

ج – مبدأ الاتصال التلقائي بالدعوى

اتصال الأجهزة التنظيمية بالدعوى، بصورة تلقائية، يشير إلى الامتياز الممنوح لهذه الأجهزة لبدء الإجراءات الجزائية بمبادرة منها دون حاجة لتقديم طلب أو شكوى إليها، وذلك على الرغم مما قد يثيره هذا الامتياز من مشكلات تتعلق بحياد هذه الأجهزة، ومباشرة هذه المكنة تتطلب أن يكون بحوزة الجهاز التنظيمي بعض العناصر التي ترجح ثبوت المخالفة التنظيمية في مواجهة من يراد بدء الإجراءات العقابية في مواجهته.

ويرى بعض الفقهاء أن هذه المكنة تعد أداة ضرورية لا غنى عنها لضمان الاستمرار للنشاط التنظيمي الذي تقوم به هذه الأجهزة، ومن ثم، يمنح المشرع الفرنسي سلطة الإتصال التلقائي بالدعوى أو مكنة بدء الإجراءات الجزائية دون حاجة لشكوى أو طلب لمعظم الأجهزة التنظيمية الفرنسية ومن ذلك على سبيل المثال، مجالس المنافسة وسلطة الأسواق المالية ولجنة البنوك.(٢)

د – مبدأ المواجهة

يقضي مبدأ المواجهة أنه لا يجوز إتخاذ بعض الإجراءات الإدارية الفردية وبصفة خاصة عدم جواز توقيع عقوبة على شخص ما إلا إذا كان قد أتيح لهذا الأخير مناقشة جميع أدلة الدعوى.(٣)

و أقر المجلس الدستوري الفرنسي هذا المبدأ:" لا يفرض أي جزاء إلا إذا كان مسموحا لصاحب الشأن ان يبدي ملاحظاته عن الأفعال التي يؤاخذ عليها من ناحية و أن يطلع على الملف الخاص به من ناحية أخرى..."

---

١ د .وليد محمد الشناوي – المرجع السابق– ص٧٨٠-٧٨١ .
٢ المرجع نفسه–ص ٧٩٥ – ٧٩٦ .
٣ المرجع نفسه –ص ٨٠١ .

و قضي مجلس الدولة الفرنسي بأن القانون يوجب اطلاع الشركة على الملف الخاص بالمخالفة ، و معرفة الاقتراح بالجزاء المقدم من قبل الجهات المختصة من أجل تقديم الملاحظات و ذلك ضمانا لإحترام حق الدفاع، و بما أن القرار الصادر بالغرامة لم يلتزم بهذه الإجراءات فإنه يكون باطلا

كما قضى بأن السلطة الإدارية طالما أبلغت الشركة المخالفة بنيتها فرض جزاءات عليها و اجتمعت معها و اطلعتها على كافة المستندات و منحتها مهلة إضافية لبيان ملاحظاتها و الاستعانة بمحامى، فإن الإدارة تكون قد التزمت باحترام حق الدفاع [١].

و في مصر مثلا قررت المادة ٨٠من قانون البنك المركزي و الجهاز المصرفي و النقد رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ بأن قرار شطب البنك لا يكون إلا بعد إعلانه ليقدم دفاعه خلال ١٥ يوما من تاريخ الإعلان [٢].

وقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا في التأكيد علي أهمية مراعاة حق الدفاع و مبدأ المواجهة بضرورة تحديد التهمة تحديدا كافيا نافيا للجهالة مع منح صاحب الشأن الفرصة الكافية لبيان دفاعه بكل السبل المعقولة [٣].

ـ مبدأ علنية الجلسات

يعد مبدأ علنية الجلسات أحد المبادئ العامة للقانون وقد نصت المادة ١٦٩ من الدستور على أن جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام العام أو الآداب العامة، ولكن نظرا لما تربط به الجزاءات الإدارية الصادرة عن الهيئات الإدارية المستقلة من أسرار تتعلق بالنشاط الاقتصادي للمخالفين فقد رفضت محكمة النقض الفرنسية مجازاة عدم مراعاة مجلس المنافسة لمبدأ علنية الجلسات.[٤]

و ـ مبدأ تسبيب قرارات الجزاء الإداري

التسبيب هو إفصاح الإدارة عن الأسباب القانونية و الواقعية التي دفعتها إلى اتخاذ القرار الإداري، والتسبيب بهذا المعنى، ينتمي إلى المشروعية الخارجية للقرار الإداري التي تشمل أيضا المسائل المتعلقة بالاختصاص و الإجراءات و الشكل، ومن ثم يعد التسبيب أحد مظاهر الشكل الذي يظهر فيه القرار، إلا أن القاعدة المستقر عليها فقها وقضاءا في مصر وفرنسا هي أن الإدارة لا تكون ملتزمة بتسبيب قراراتها إلا إذا كان نص خاص يلزمها بذلك، لكن استثناءا على هذه القاعدة فإن متى تضمنت القرارات جزاءات إدارية فإن تسبيبها يصبح وجوبيا مثل ما ذهب إليه المجلس الدستوري الفرنسي في قراره الصادر في

---

١ ناصر حسين محسن أبو جمة العجمي ـ المرجع السابق ـ ص ٢٩٧
٢ المرجع نفسه ـ ص ٢٩٨
٣ المرجع نفسه ـ ص ٣٠٣
٤ د.وليد محمد الشناوي ـ المرجع السابق ـص ٨٠٨ ـ ٨١٠ .

١٧ يناير ١٩٨٩ بالإضافة إلى ما ذهب إليه القانون ١١ يوليو ١٩٧٩ الفرنسي بضرورة تسبيب القرارات الإدارية الفردية الضارة بالأفراد كما تتضمن القوانين المنشأة للأجهزة الإدارية المستقلة على ضرورة تسبيب قرارات الجزاء الإداري الصادر عن هذه الأجهزة.[١]

إن المجلس الدستوري الفرنسي لم يعتبر أن تسبيب القرارت الإدارية مبدأ دستوري وإنما اعتبره ضمانة جوهرية فقرر أن : " الالتزام المفروض على المجلس الأعلي للصوتيات و المرئيات بتسبيب ما يتخذه من جزاءات يمثل ضمانة جوهرية يستوجبها الاعتراف له بسلطة اتخاذ هذه الجزاءات على مخالفة الالتزامات المقررة في القانون." [٢]

و يشترط لصحة التسبيب أن يكون مكتوبا و هذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي حين قرر أن التسبيب يجب أن يكون مكتوبا متضمنا الاعتبارات القانونية و الواقعية التي أستند إليها الجزاء كما اشترط لصحة التسبيب أن يكون معاصرا لصدور القرار و إلا كان معيبا في شكله، و أن يكون التسبيب في صلب القرار و يجب أن يكون التسبيب كافيا بأن يشمل الوقائع المنسوبة للشخص المخالف [٣].

و أخيرا يجب لصحة التسبيب أن يكون واضحا و محددا لا يكون غامضا أو مجهلا أو عاما فقضت محكمة القضاء الإداري بأنه:" اتجه الفقه و القضاء في فرنسا إلى اعتبار القرار الإداري المبني علي أسباب عامة أو غامضة أو مجهلة قرار خاليا من الأسباب، و كذلك الأمر فيما إذا اشترط القانون إيراد الأسباب و لم ترد الأسباب في القرار ....." . و قد قررت المحكمة الإدارية العليا أن عدم تقديم الإدارة صورة القرار المطعون فيه والمستندات اللازمة للفصل في الطعن يرجح عدم استيفاء القرار لأوضاعه الشكلية المتمثلة في تسبيب القرار [٤].

ي – مبدأ وقف تنفيذ قرارات الجزاء الإداري

تعد الجزاءات الإدارية التي توقعها الأجهزة الإدارية المستقلة قرارات إدارية تتمتع بامتياز السلطة العامة وبالتالي قابليتها للتنفيذ الفوري، إلا أنه وحماية لحقوق الأفراد مكن المشرع الأفراد من الطعن في هذه الجزاءات أمام القضاء فيرجى بذلك تنفيذها إلى حين الفصل في مشروعيتها.

- إلا أنه في فرنسا فإن الطعن في القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة ولجنة عمليات البورصة تخضع للطعن أمام القضاء العادي أين لا يتمكن المدعون من الطعن بوقف التنفيذ ضد هذه القرارات، مما أدى إلى احتجاج المجلس الدستوري على هذا الحرمان

[١] د.وليد محمد الشناوي – المرجع السابق –ص ٨١٢ -٨١٩ .
[٢] ناصر حسين محسن أبو جمة العجمي — المرجع السابق– ص ٣١٠ .
[٣] المرجع نفسه– ص ٣١٢ _ ٣١٣ .
[٤] ناصر حسين محسن أبو جمة العجمي — المرجع السابق – ص ٣١٤ .

باعتبار أنه يمثل مساسا بضمانات أساسية ذات قيمة دستورية مما حدا بالمشرع الفرنسي التدخل لإزالة هذه المخالفة الدستورية وتعديل القانون.(١)

[1] د. وليد محمد الشناوي – المرجع نفسه – ٨٢٠ - ٨٢٤ .

المبحث الثالث

دراسة تطبيقية لبعض الأجهزة الإدارية المستقلة

سنتناول بالدراسة في هذا المبحث تشكيل و اختصاصات بعض الأجهزة الإدارية في كل من مصر و الجزائر مبينين أثر هذه السلطات في الرقابة على النشاط الاقتصادي الخاضع لسلطتها

المطلب الأول

دراسة تطبيقية لبعض الأجهزة الإدارية المستقلة في مصر

سنتناول في دراسة هذا المطلب دراسة تشكيل و اختصاصات كل من جهاز حماية المنافسة و منع الاحتكار و الهيئة العامة للرقابة المالية و البنك المركزي.

الفرع الأول

جهاز حماية المنافسة ومنع الاحتكار

فى مصر

نص قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية في مصر على إنشاء جهاز يسمى جهاز حماية المنافسة ومنع الاحتكار يتكون حسب التشكيلة التالية :

١- رئيس متفرغ من ذوى الخبرة المتميزة .

٢- مستشار من مجلس الدولة بدرجة نائب رئيس يختاره رئيس مجلس الدولة .

٣- أربعة ممثلون الوزارات المعنية يرشحهم الوزير المختص .

٤- ثلاثة من المتخصصين وذوى الخبرة .

٥- ستة يمثلون الاتحاد العام للغرفة التجارية واتحاد الصناعات المصرية واتحاد البنوك ، والاتحاد العام للجمعيات الأهلية والاتحاد العام لحماية المستهلك والإتحاد العام لعمال مصر على يختار كل اتحاد من يمثله وتكون مدة المجلس أربع سنوات قابلة للتجديد لمدة واحدة .

كما يكون للجهاز مدير تنفيذى متفرغ يصدر بتعيينه وتحديد معاملته المالية واختصاصه قرار من الوزير المختص بناءاً على ترشيح من رئيس الجهاز ويمثل

المدير التنفيذى الجهاز لدى الغير وأمام القضاء ويحضر اجتماعات مجلس الإدارة دون أن يكون له صوت محدود .

ويجتمع مجلس الإدارة بدعوة من رئيسه مرة على الأقل كل شهر وكلما دعت الضرورة وتكون اجتماعاته صحيحة بحضور عشرة من أعضائه وتصدر قراراته بأغلبية أعضائه .وللجهاز موازنة مستقلة

كما يجوز للمجلس الإستعانة بذوى الخبرة فى المسائل التى يرى فى ذلك ضرورة لاستدعائهم .

ويختص مجلس المنافسة بإبداء الرأي في مشروعات القوانين واللوائح المتعلقة بتنظيم المنافسة وإعداد قاعدة بيانات ومعلومات متكاملة عن النشاط الاقتصادى وتحديثها وتطويرها بصورة دائمة بما يخدم عمل الجهاز في كافة المجالات المرتبطة بحماية المنافسة ويعد بذلك تقريراً سنويا عن نشاطه .

كما يتلقى الطلبات بإتخاذ إجراءات التقصى والبحث وجمع الاستدلالات والأمر بإتخاذ هذه الإجراءات بالنسبة لحالات الإتفاقات والممارسات الضارة بالمنافسة. .

وقد نص قانون المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية فى مصر على أنه يحظر الإتفاق أو التعاقد بين أشخاص منافسة فى أى سوق معينة إذا كان من شأنه إحداث أى مما يأتى :

١. رفع أو خفض أو تثبيت أسعار البيع أو الشراء للمنتجات محل التعامل .
٢. إقتسام أسواق المنتجات أو تخصيصها على أساس المناطق الجغرافية أو مراكز التوزيع أو نوعية العملاء أو السلع أو المواسم أو الفترات الزمنية
٣. التنسيق فيما يتعلق بالتقدم أو الإمتناع على الدخول فى المناقصات والممارسات والمزايدات وسائر عروض التوريد .
٤. تقييد عمليات التوزيع أو التصنيع أو التسويق أو الحد من توزيع الخدمات أو نوعها أو حجمها أو وضع شروط أو قيود على توفيرها .

وللمجلس عند ثبوت مخالفة أحكام القانون أن يقوم بتكليف المخالف تعديل أوضاعه وإزالة المخالفة فوراً أو خلال فترة زمنية يحددها مجلس إدارة الجهاز.

إلا أنه لا يجوز رفع الدعوى الجنائية أو إتخاذ إجراءات فيها بالنسبة للأفعال المخالفة لأحكام هذا القانون إلا بطلب من الوزير المختص أو من يفوضه، وللوزير المختص أو من يفوضه التصالح في أى تلك الأفعال قبل صدور حكم بات فيها ، وذلك مقابل أداء مبلغ لا يقل عن مثلى الحد الأدنى للغرامة ولا يجاوز مثلى حدها الأقصى .

والعقوبة هى غرامة لا تقل عن مئةألف جنيه ولا تجاوز ثلاث مئة ملايين جنيه وللمحكمة بدلا من الحكم مئة بالمصادرة أن تقضى بغرامة بديلة تعادل قيمة المنتج محل النشاط المخالف ، وتضاعف الغرامة بحديها فى حالة العود.

وبالتالى فإذا كان جهاز حماية المنافسة يصدر قرارات بوقف الممارسات المنافية لقواعد المنافسة إلا أن توقيع الجزاء على مخالفة هذه القواعد يكون من وظيفة القضاء وذلك بعد طلب يقدمه الوزير المختص ، فلا يصدر جهاز حماية المنافسة جزاء بتوقيع غرامة .

بعض قرارت جهاز حماية المنافسة:

يتولي مجلس المنافسة القيام بتقديم الآراء الإستشارية كما يقوم بالدراسات التي تقدمها الهيئات الإدارية المختصة و نتولي فيما يلي دراسة لبعض النماذج:

الأراء الإستشارية:

طلب رأي استشاري مقدم من وزارة الاستثمار بتاريخ ٢ /٧/٧ ٢٠٠

تلقى الجهاز الطلب المقدم من السيد مساعد وزير الاستثمار بطلب الإفادة بالرأي عن مدى تأثير طرح حصة المال العام والتي تبلغ ٥٥ % من رأس المال بالشركة الوطنية لمنتجات الذرة من الناحية الاحتكارية والتنافسية على احتياجات السوق المحلي طبقًا لأحكام القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ بشأن حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية.

انتهى مجلس إدارة الجهاز في ديسمبر ٢٠٠٩ إلى التوصية بأن بيع حصة المال العام بالشركة الوطنية لمنتجات الذرة يمكن أن يؤدي إلى نقل عناصر السيطرة إلى المشتري في منتجات الفركتوز ٤٢ وفي نشاء الذرة الجاف، مما قد يترتب عليه إحداث تأثير فعال على الأسعار أو حجم المعروض من تلك المنتجات في السوق خاصة للصناعات الأخرى التي تعتمد في مدخلات إنتاجها بشكل كبير علي إنتاج الشركة الوطنية للذرة .كذلك فإن طرح حصة المال العام بالشركة الوطنية لمنتجات الذرة للبيع لصالح أي شركة تتوافر لديها عناصر السيطرة على سوق السكر يمكن أن يؤدى بالتالي إلى تحقق السيطرة على سوق منتج الفركتوز ويزيد من احتمال إساءة استغلال الوضع المسيطر.

و بالتالي يتبين من القرار السالف الذكر أن جهاز حماية المنافسة له دور كبير في حماية مصلحة المستهلك و ذلك أن الدراسة المجراة بينت أثر بيع حصة المال العام على أسعار المواد التي تعتمد في تصنيعها على مادة الفراكتوز ٤٢ في نقل عناصر السيطرة إلى المشتري.

تلقي و فحص البلاغات و الشكاوى:

تقرير بشأن البلاغ المقدم من جمعية رجال أعمال الإسكندرية ضد شركات الوكالة البحرية العاملة في ميناء الإسكندرية

ورد إلى جهاز حماية المنافسة (بتاريخ 2008/5/25م البلاغ المقدم من جمعية رجال أعمال الإسكندرية والتي تتضرر فيه من قيام الوكلاء الملاحيين بميناء الإسكندرية بالمغالاة

في رسوم التفريغ عن البضائع المستوردة إلي مصر والتي يتم تحصيلها بمعرفة الوكلاء الملاحيين، وكذلك عدم القدرة على اختيار الوكيل الملاحي أو تغييره بواسطة المستورد بالإضافة إلي فرض الوكيل الملاحي لأسعار خدماته دون مناقشة مع المستورد .وأضاف مقدم البلاغ أن الضرر يقع على كل شركات الاستيراد ويتمثل في التكلفة المغالى فيها والغير مبررة. وألحق المبلغ بنموذج البلاغ عدد من الفواتير توضح المغالاة والتفاوت في رسوم تفريغ الحاويات بين التوكيلات الملاحية المختلفة، وقائمة بالأسعار في حالة التعامل مع شركة الإسكندرية لتداول الحاويات صاحبة المعدات .وصاحبة الشأن المباشر .

و انتهى المجلس أن الوكلاء الملاحيين يخضعون في تنظيمهم إلي القانون البحري رقم 8لسنة 1990 وإلي قرارات وزير النقل والمواصلات رقم 520 لسنة 2003 ورقم 395 لسنة 2003ويتمتعون بالحرية في تحديد أسعار خدماتهم وبالتالي لا يشكل ارتفاع الأسعار أو انخفاضها في حد ذاته مخالفة لأحكام قانون حماية المنافسة ما لم يكن ذلك باتفاق بين الوكلاء الملاحيين وهو ما تبين عدم حدوثه من واقع المستندات المرفقة بالبلاغ والتي تشير إلى اختلاف الأسعار بين الوكلاء الملاحيين العاملين داخل ميناء الإسكندرية. كذلك فإن وضع سقف لأسعار خدمات النقل البحري لا يدخل ضمن اختصاصات جهاز حماية المنافسة وإنما ينعقد الاختصاص به لوزارة النقل والجهات التابعة لها باعتبارها المسئولة عن تنظيم عمل الوكلاء الملاحيين، الأمر الذي انتهي معه الجهاز إلي عدم اختصاصه بنظر البلاغ من حيث الموضوع.و من هذا القرار يمكن القول أن الجهاز لا يملك إختصاصا عاما بل مقيدا.

الدراسات:

ورد إلى جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الطلب المقدم من السيد وزير التجارة والصناعة بتاريخ 26 ديسمبر 2007 بشأن إعداد دراسة شاملة لهيكل السوق في قطاع زيوت الطعام النباتية؛ للكشف عن أية اتفاقات أو ممارسات ضارة بالمنافسة، وكذلك فحص العوامل التي تؤثر على حرية المنافسة أو أية معوقات تحد منها في هذا القطاع كأحد قطاعات السلع الغذائية الحيوية التي تهم جموع المستهلكين، وذلك في ضوء الأحكام الواردة في قانون .حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الصادر بقانون حماية المنافسة رقم 3 لسنة2005 قام الجهاز بفحص الطلب والنظر في اختصاص الجهاز به في ضوء المادة (11) من القانون وانتهى إلى قبوله شكلا ودخوله موضوعًا ضمن اختصاصات الجهاز .وقد قام الجهاز بتحديد الإطار الزمني للدراسة من يناير 2004 حتى ديسمبر 2007 ، مع الأخذ في الاعتبار الفترة من يناير 2008 حتى ديسمبر 2009 كفترة استرشادية.

ومن خلال الدراسة السوقية التي قام بها الجهاز والتحليلات القانونية والاقتصادية للبيانات والدراسات التي تم الحصول عليها من الجهات المختلفة لم يتبين وجود ممارسات ضارة بالمنافسة أو معوقات قد تحد منها من قبل الشركات محل الفحص.

ومنه يتبين لنا أن جهاز حماية المنافسة و منع الممارسات الاحتكارية يتولي القيام بكل دراسة تقدمها الجهات الإدارية المعنية سواء كان الأمر استشارة أو دراسة وضعية السوق، كما يتولى دراسة البلاغات و التحقق من مدى وجود ممارسات منافية لقواعد المنافسة ومتى تبين ذلك تقوم باحالة الملف الي الوزير المختص الذي يتولي إما التصالح أو تحريك الدعوى الجنائية.

الفرع الثاني
الهيئة العامة للرقابة المالية

أنشئت الهيئة العامة للرقابة المالية بموجب القانون رقم١٠ لسنة ٢٠٠٩،وتختص الهيئة بالرقابة والإشراف على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية بما في ذلك أسواق رأس المال، وبورصات العقود الآجلة، وأنشطة التأمين، والتمويل العقاري والتأجير التمويلي والتخصيم والتوريق، وذلك بهدف تحقيق سلامة واستقرار تلك الأسواق والأدوات وتنظيم الأنشطة وتنميتها وتعظيم قدرتها التنافسية على جذب المزيد من الاستثمارات المحلية والأجنبية، وتعمل على الحد من مخاطر عدم التنسيق ومعالجة المشاكل التي تنتج عن اختلاف الطرق أو الأساليب الرقابية.

تحل الهيئة العامة للرقابة المالية محل كل من الهيئة المصرية للرقابة على التأمين، والهيئة العامة لسوق المال، والهيئة العامة لشئون التمويل العقاري، في تطبيق أحكام قانون الإشراف والرقابة على التأمين الصادر بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨١، وقانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ ، وقانون الإيداع والقيد المركزي للأوراق المالية الصادر بالقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ وقانون التمويل العقاري الصادر بالقانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١، كما تحل محل تلك الهيئات فيما تختص به في أية قوانين وقرارات أخرى.وتعتبر الهيئة الجهة الإدارية المختصة في تطبيق أحكام قانون التأجير التمويلي الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥. (١)

اختصاصات و أهداف الهيئة(٢)::

تهدف الهيئة العامة للرقابة المالية من خلال أعمالها ومهامها المتعددة إلى:

١. سلامة واستقرار الأسواق المالية غير المصرفية
٢. تنظيم وتنمية الأسواق المالية غير المصرفية
٣. توازن حقوق المتعاملين في الأسواق المالية غير المصرفية
٤. توفير الوسائل والنظم وإصدار القواعد التي تضمن كفاءة هذه الأسواق وشفافية الأنشطة التي تمارس فيها .

وتختص الهيئة في سبيل تحقيق أهدافها بما يلي:

١. الترخيص بمزاولة الأنشطة المالية غير المصرفية .
٢. التفتيش على الجهات التي يرخص لها بالعمل في الأنشطة والأسواق المالية غير المصرفية .
٣. الإشراف على توفير ونشر المعلومات المتعلقة بالأسواق المالية غير المصرفية.

---

١ التقرير نصف السنوي لسنة ٢٠٠٩.
٢ التقرير النصف سنوي لسنة ٢٠٠٩.

٤. الرقابة على الأسواق لضمان المنافسة والشفافية في تقديم الخدمات المالية غير المصرفية .
٥. حماية حقوق المتعاملين في الأسواق المالية غير المصرفية والتوازن بينها .
٦. اتخاذ ما يلزم من الإجراءات للحد من التلاعب والغش في الأسواق المالية غير المصرفية وذلك مع مراعاة ما قد ينطوي عليه التعامل فيها من تحمل لمخاطر تجاريه .
٧. الإشراف على تدريب العاملين في الأسواق المالية غير المصرفية وعلى رفع كفاءتهم .
٨. التعاون والتنسيق مع هيئات الرقابة المالية غير المصرفية في الخارج بما يسهم في تطوير وسائل ونظم الرقابة ورفع كفاءتها وأحكامها .
٩. الاتصال والتعاون والتنسيق مع الجمعيات والمنظمات التي تجمع أو تنظم عمل هيئات الرقابة المالية في العالم بما يرفع كفاءة الهيئة والنهوض باختصاصاتها وفقا لأفضل الممارسات الدولية .
١٠. المساهمة في نشر الثقافة والتوعية المالية والاستثمارية .
١١. هذا بالإضافة إلي الاختصاصات الواردة بكل من قانون الإشراف والرقابة على التأمين الصادر بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨١، وقانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ ، وقانون الإيداع والقيد المركزي للأوراق المالية الصادر بالقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ وقانون التمويل العقاري الصادر بالقانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١

بعض القرارات الصادرة عن الهيئة العامة للرقابة المالية:

تقوم الهيئة العامة للرقابة المالية بإصدار العديد من القرارات التنظيمية و القرارات الفردية ومن بين القرارات التنظيمية ما يلي [١]:

١ ـ الهيئة تقرر خفض التأمين الواجب إيداعه من قبل شركات السمسرة لمزاولة آلية التداول خلال الجلسة .

٢ ـ الهيئة تخطر البورصة بنموذج تقرير الإفصاح بغرض الطرح وفق المادة الرابعة من قواعد قيد و استمرار قيد وشطب الأوراق المالية بالبورصة المالية .

كما تصدر الهيئة العديد من القرارت الفردية منها :

١ ـ قرار رقم ٧٦ لسنة ٢٠١١: مجلس الإدارة يمنع استمرار شركة الكنانة للتداول بالأوراق المالية من مزاولة نشاطها لمدة ثلاثة أشهر لوجود خطر يهدد مصالح المساهمين و المتعاملين مع الشركة.

---

[١] تقرير نشاط الهيئة لشهر سبتمبر ٢٠١٠.

٢ ـ قرار ٠٧ سبتمبر ٢٠١١ :الهيئة تقبل طلب التصالح في الشق الجنائي بخصوص مخالفة قواعد الإفصاح تجاه السيد سميح سويرس بصفته رئيس مجلس إدارة شركة أوراسكوم للفنادق و التنمية بما يحافظ على استقرار نشاط الشركة و حماية لمصالح المستثمرين فيها.

٣ ـ قرار مجلس الإدارة رقم ٧٥ لسنة ٢٠١١: إلزام شركة تايكون بزيادة قيمة التأمين المودع منها لدى الهيئة بمبلغ مليون و نصف مليون جنيه و ذلك لمدة ثلاثة أشهر تبدأ من التاريخ الفعلي لإيداع مبلغ الزيادة وفقا للفقرة "و" من المادة ٣١ من قانون رأس المال و ذلك لما ارتكبته الشركة من مخالفات تهدد استقرار سوق رأس المال و مصالح المتعاملين مع الشركة.

و عليه فإن الهيئة تمارس رقابة شهرية علي المؤسسات و الشركات الخاضعة لرقابتها و تعمل على حماية المنافسة و حماية المتعاملين مع هذه الشركات.

الفرع الثالث

البنك المركزي المصري

البنك المركزي شخص معنوي عام يتبع رئيس الجمهورية و يصدر بنظامه الأساسي قرار من رئيس الجمهورية[١] .

يكون للبنك المركزي محافظ يصدر بتعيينه قرار من رئيس الجمهورية بناء على ترشيح رئيس مجلس الوزراء لمدة اربع سنوات قابلة للتجديد، كما يكون لمحافظ البنك المركزي نائبان يعين كل منهما بقرار من رئيس الجمهورية بناء على ترشيح محافظ البنك المركزي لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد. كما يكون للمحافظ وكلاء يعينون بقرار من مجلس إدارة البنك المركزي بناء على ترشيح من المحافظ.

و يكون للبنك المركزي مجلس إدارة برئاسة المحافظ و عضوية[٢] كل من:

- نائبي المحافظ.
- رئيس الهيئة العامة لسوق المال.
- ثلاثة أعضاء يمثلون وزارات المالية و التخطيط و التجارة الخارجية يختارهم رئيس مجلس الوزراء بناء على ترشيح الوزراء المختصين.
- ثمانية من ذوي الخبرة المتخصصين في المسائل النقدية و المالية و المصرفية و القانونية و الاقتصادية يختارهم رئيس الجمهورية لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد.

---

١ تقرير نشاط الهيئة لشهر سبتمبر ٢٠١٠.
٢ قانون البنك المركزي و الجهاز المصرفي و النقد رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ المواد ١٠ ـ ١١ ـ ١٢.

وتنص المادة ٧٢من القانون ٨٨ لسنة ٢٠٠٣على أنه:" يحظر على العاملين في الجهات الرقابية و الاشرافية على البنوك العمل أو المشاركة في عضوية مجالس إدارتها .

و يجوز الاستثناء من حكم الفقرة السابقة بالنسبة للبنوك التي يساهم فيها البنك المركزي، و ذلك بقرار من رئيس مجلس الوزراء بعد موافقة مجلس إدارة البنك المركزي."

و يمكن القول أن قيام البنك المركزي بالاشتراك في رأسمال بنوك يحيد به عن الدور التنظيمي الذي أوكل له. و بالتالي يمكن القول معها بعدم دستوريتها . كما أن السماح للموظفين الموكل لهم بالدور الرقابي العمل بهذه البنوك يحيطهم بشبهة الفساد.

أهداف البنك المركزي:

يعمل البنك المركزي علي تحقيق الأهداف التالية:

١ ـ يعمل البنك المركزي على تحقيق الاستقرار في الأسعار و سلامة النظام المصرفي في إطار السياسة الاقتصادية المالية للدولة .

٢ ـ وضع السياسة النقدية و الإئتمانية و المصرفية .

اختصاصات البنك المركزي[١] :

اختصاصات في مجال النقد: حيث أن للبنك المركزي إصدار أوراق مالية و تحديد فئاتها و مواصفاتها، كما يتولى إدارة السيولة النقدية في الاقتصاد القومي و له أن يصدر الأوراق المالية بما يتناسب مع طبيعة أمواله و نشاطه في عملية السوق المفتوح.

اختصاصات في مجال الإئتمان و الجهاز المصرفي:حيث يتولى التأثير في الإئتمان المصرفي بما يكفل مقابلة الحاجات الحقيقية لمختلف نواحي النشاط المصرفي، و يتولى كذلك الرقابة على وحدات الجهاز المصرفي.

اختصاصات متعلقة بالاحتياطي من الذهب و النقد الأجنبي: حيث يتولي البنك المركزي إدارة احتياطات الدولة من الذهب و النقد الأجنبي.كما يتولى تنظيم سوق الصرف الأجنبي.

اختصاصات تتعلق بإدارة ديون الدولة الداخلية و الخارجية: حيث يتولي البنك المركزي الإشراف على نظام المدفوعات النقدي ، كما يتولى حصر و متابعة المديونية الخارجية على الحكومة و الهيئات الاقتصادية و الخدمات و القطاع العام و قطاع الأعمال العام و القطاع الخاص و ذلك طبقا للنماذج التي يحددها مجلس إدارة البنك.

[١] أ.د سعاد الشرقاوي ـ البنك المركزي اليد الخفية سلطة متعددة الأبعاد ــ دار النهضة العربية ٢٠٠١ ـ ص ١٠٤ ـ ١٠٦.

و قد نظم القانون قواعد الإشراف على إدارة البنوك من ذلك قواعد الاندماج بنص المادة ٤١ من قانون ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ :" يجوز لأي بنك الاندماج في بنك آخر بترخيص سابق من مجلس إدارة البنك المركزي، بعد استيفاء الشروط و الإجراءات التي يصدر بها قرار من هذا المجلس مع مراعاة حقوق العاملين بالبنك المدمج. و يترتب على الاندماج شطب تسجيل البنك المدمج و نشر قرار الشطب في الوقائع المصرية خلال عشرة أيام من تاريخ صدور قرار الاندماج."

ويضع البنك المركزي أهداف السياسة النقدية بالاتفاق مع الحكومة و ذلك من خلال مجلس تنسيقي يشكل بقرار من رئيس الجمهورية و تحدد اللائحة التنفيذية نظام عمل هذا المجلس . و يختص البنك المركزي بوضع و تنفيذ السياسات النقدية و الائتمانية و المصرفية. و يخطر محافظ البنك المركزي مجلسي الشعب و الشورى بهذه الأهداف عند عرض قانوني الموازنة العامة و الخطة العامة للتنمية الاقتصادية و الاجتماعية، كما يخطر المجلسين بأي تعديل يطرأ على هذه الأهداف خلال السنة المالية[(١)].

وقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في قضية الجمعية التعاونية الانتاجية لنقل البضائع بالسيارات بمحافظة الغربية ضد محافظ البنك المركزي و آخرون إلى أن:" .... إن مجلس إدارة البنك المركزي - وفي نطاق تطبيق المادة ٢٦ من قانون البنوك و الائتمان ـ لا يتوخى غير ضبط الأجهزة التي تقوم بضبط النشاط المصرفي في مصر، توقيا لتعرضها لأزمة مالية تفقد السياسة الائتمانية و المصرفية مصداقيتها، فلا يكون تنفيذها ممكنا، بل تعثرها ظاهرا. فإن لم يكن القرار الصادر عن مجلس إدارة البنك المركزي مستلهما تلك الأسس الموضوعية، جاز الطعن عليه بإساءة استعمال السلطة." [(٢)]

و عليه فان البنك المركزي يستطيع أن يقوم بدور مهم في إعادة توزيع الدخل و تنمية بعض القطاعات و بالتالي يجب أن يتولى إعمال سلطته التقديرية لهذا الشأن و ذلك من أجل تحقيق الاستقرار الاجتماعي و إحداث مناصب شغل.

---

[١] المادة ٥٠ من قانون البنك المركزي و الجهاز المصرفي رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣

[٢] الجريدة الرسمية العدد ١٤ في ٣ أبريل ١٩٩٧ـ ص ٩١٠ - ٩٢٢.

المطلب الثاني

دراسة تطبيقية لبعض الأجهزة الإدارية المستقلة في الجزائر

سنتناول بالدراسة مجلس المنافسة و لجنة مراقبة عمليات البورصة و البنك المركزي

الفرع الأول

مجلس المنافسة فى الجزائر

يخضع مجلس المنافسة لأحكام الأمر رقم ٠٣-٠٣ المؤرخ فى ١٩ جمادى الأولى عام ١٤٢٤هـ الموافق لـ ١٩ يوليو ٢٠٠٣ المتعلق بالمنافسة ويتكون مجلس المنافسة من ٩ أعضاء يتبعون الفئات الآتية :

١. عضوان يعملان أو عملا في مجلس الدولة أو في المحكمة العليا أو في مجلس الدولة بصفة قاضى أو مستشار .
٢. سبعة أعضاء يختارون من ضمن الشخصيات المعروفة بكفاءتها القانونية أو الاقتصادية أو فى مجال المنافسة والتوزيع و الإستهلاك من ضمنهم عضو يختار بناء على اقتراح الوزير المكلف بالداخلية.

ويعد مجلس المنافسة سلطة إدارية لدى رئيس الحكومة تتمتع بالشخصية القانونية والإستقلال المالي (المادة ٢٣ من الأمر ٠٣-٠٣) .

كما يعين لدى مجلس المنافسة أمين عام ومقرون بموجب مرسوم رئاسى كما يعين الوزير المكلف بالتجارة ممثلاً له وممثلاً إضافياً لدى مجلس المنافسة بموجب قرار ويشارك هؤلاء فى أشغال مجلس المنافسة دون أن يكون لهم الحق فى التصويت .

وبالتالى فإن ضمان رقابة السلطة التنفيذية على مجلس المنافسة مضمونة عن طريق ممثلى الوزير المكلف بالتجارة .

ويرفع مجلس المنافسة تقرير سنوياً عن نشاطه إلى الهيئة التشريعية وإلى رئيس الحكومة وإلى الوزير المكلف بالتجارة وينشر هذا التقرير فى الجريدة الرسمية كما يمكن ينشره فى وسائل إعلام أخرى .

ويتمتع مجلس المنافسة بسلطة اتخاذ القرار والاقتراح و إبداء الرأى بمبادرة منه أو كلما طلب منه ذلك في أي مسألة أو عمل أو تدبير من شأنه ضمان السير الحسن للمنافسة وتشجيعها .

ويتولى مجلس المنافسة التحقيق حول شروط تطبيق النصوص التشريعية المتعلقة بالمنافسة وذلك عن طريق معاينة الممارسات المقيدة للمنافسة ومن أهمها ما نصت عليه المادة ٠٦ من الأمر ٠٣-٠٣ و هي:

١. الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها .
٢. تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمار أو التطور التقني.
٣. اقتسام الأسواق أو مصادر التموين .
٤. عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها .
٥. تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين ، مما يحرمهم من منافع المنافسة .
٦. إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية .
٧. عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها .
٨. تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات الشركاء التجاريين ، مما يحرمهم من منافع المنافسة .
٩. إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية .

وينتدب مجلس المنافسة لذلك مقررا للتحقيق في الطلبات و الشكاوى المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة. ويقوم المقرر بفحص كل وثيقة ضرورية للتحقيق في القضية المكلف بها دون أن يمنع من ذلك بحجة السر المهني. ويحرر بعد ذلك تقرير أولي يتضمن عرض الوقائع وكذا المآخذ المسجلة ويبلغ رئيس المجلس التقرير إلى الأطراف المعنية وإلى الوزير المكلف بالتجارة لإبداء ملاحظاتهم في أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر .

وعند اختتام التحقيق يقوم المقرر بإبداء تقرير معلل لدى مجلس المنافسة يتضمن المآخذ المسجلة ومرجع المخالفات المرتكبة واقتراح القرار وكذا اقتراح تدابير تنظيمية .

وبعد ذلك يبلغ رئيس مجلس المنافسة التقرير إلى الأطراف المعنية وإلى الوزير المكلف بالتجارة ولهم إبداء ملاحظات مكتوبة في أجل شهرين ويحدد لهم كذلك تاريخ الجلسة المتعلقة بالقضية .

ويتم التحقيق فى القضايا التابعة لقطاعات نشاط موضوعة تحت سلطة الضبط بالتنسيق مع مصالح السلطة المعنية .

وقد منح التشريع الجزائرى لمجلس المنافسة سلطة توقيع عقوبات على الممارسات المقيدة للمنافسة والتجميعات .وهي بنسبة ٧% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم المحقق فى الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة وإذا لم يكن هناك رقم أعمال محدد فالغرامة لا تتجاوز ثلاثة ملايين دينار جزائري . كما أنه يتم الأمر بوقف المخالفة .

ويتم الطعن في قرارات مجلس المنافسة خلال أجل شهر من تاريخ تبليغ القرار إلى الأطراف المعنية وإلى الوزير المكلف بالتجارة وهما أصحاب الصفة فى الطعن. ويتم الطعن أمام مجلس قضاء الجزائر العاصمة الذي يفصل في المواد التجارية وليس للطعن أثر موقف في قرارات مجلس المنافسة إلا أنه يمكن لرئيس مجلس قضاء الجزائر أن يأمر بوقف تنفيذ قرارات مجلس المنافسة طبقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية .

وبمجرد الطعن في قرار مجلس المنافسة ترسل نسخة منه إلى رئيس مجلس المنافسة وإلى الوزير المكلف بالتجارة ويرسل رئيس مجلس المنافسة ملف القضية موضوع الطعن إلى رئيس مجلس قضاء الجزائر في الآجال التي يحددها هذا الأخير .

كما أن من حق مجلس المنافسة والوزير المكلف بالتجارة إبداء الملاحظات المحتملة حول المستندات الجديدة المتبادلة بين أطراف القضية.

وتحصل مبالغ الغرامات التي يقررها مجلس المنافسة باعتبارها ديونا مستحقة للدولة و يسهر على مواصلة التنفيذ وزير المالية.

كما أنه يمكن لمجلس المنافسة اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة إذا اقتضت في ذلك الظروف المستعجلة لتفادى وقوع ضرر محقق غير ممكن إصلاحه ولفائدة المؤسسات التي تأثرت مصالحها من جراء هذه الممارسات أو عند الإضرار بالمصلحة الاقتصادية العامة ويطعن فى هذه الإجراءات خلال ثمانية أيام من تبليغها بموجب رسالة مضمنة الوصول أمام رئيس مجلس قضاء الجزائر العاصمة .

وبالتالي فإن مجلس المنافسة في الجزائر يعد هيئة إدارية مستقلة لها سلطة اتخاذ قرارات إدارية نهائية تتضمن الأمر بوقف الممارسات المقيدة للمنافسة والتجميعات التي تعرقل السير الحسن للنشاط الاقتصادي و توقيع الغرامات وتخضع في ذلك للرقابة السلطة القضائية .

الفرع الثاني

لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها

لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها هي سلطة ضبط مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي و يعين أعضاءها لمدة أربع سنوات تبعا للتوزيع التالي[1]:

١. قاض يقترحه وزير العدل .
٢. عضو يقترحه محافظ بنك الجزائر.
٣. عضوان يختاران من بين مسئولي الأشخاص المعنويين المصدرين للقيم المنقولة .
٤. عضوان يختاران من لهما من خبرة اكتسباها في المجال المصرفي أو المالي أو البورصي .

و يعينون بقرار من الوزير المكلف بالمالية ما عدا رئيس لجنة تنظيم عمليات البورصة يعين بموجب مرسوم تنفيذي يتخذ في مجلس الحكومة.

اختصاصات لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها[2]:

يتمثل دور لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها في:

١. حماية المستثمرين في القيم المنقولة .
٢. حسن سير سوق القيم المنقولة و شفافيتها .

كما تقوم اللجنة بتنظيم سير سوق القيم المنقولة بسن التقنينات تهم ما يأتي على الخصوص:

١. رؤوس الأموال التي يمكن استثمارها في البورصة .
٢. اعتماد الوسطاء في عمليات البورصة و القواعد المهنية التي تطبق عليهم .
٣. نطاق مسئولية الوسطاء و محتواه و الضمانات التي يجب يكفلوها لزبائنهم .
٤. الشروط الخاصة بأهلية الأعوان المرخص لهم بإجراء مفاوضات في مجال البورصة .
٥. الإصدارات في أوساط الجمهور .
٦. قبول القيم المنقولة للتفاوض بشأنها و شطبها و تعليق تحديد أسعارها .
٧. تنظيم عمليات المقاصة.
٨. الشروط التي يتفاوض ضمنها حول القيم المنقولة في البورصة و يتم تسليمها .
٩. تسيير أوراق القيم المنقولة و سنداتها المقبولة في البورصة .

---

[1] المرسوم التشريعي رقم ١٠/٩٣ المؤرخ في ٢٣ مايو ١٩٩٣ المادة ٢٢ .
[2] المرسوم التشريعي رقم ١٠/٩٣ المؤرخ في ٢٣ مايو ١٩٩٣ المادة ٣٠ و المادة ٣١.

١٠. محتوى الشروط الإلزامية الواجب إدراجها في عقود التفويضات بين الوسطاء في عمليات البورصة و زبائنهم.
١١. العروض العمومية لشراء قيم منقولة.
١٢. القيام دوريا بنشر المعلومات التي تخص الشركات المحددة أسعار قيمتها .

و عليه أصدرت اللجنة الكثير من الأنظمة التي تخص هذه المواضيع كما تولت إصدار الكثير من التراخيص للسندات و طرح الأسهم عن طريق اللجوء العلني للادخار و عليه فإن لجنة تنظيم عمليات البورصة و مراقبتها تعمل على تنظيم سوق الأوراق المالية و الرقابة على كافة الأنشطة التي تتم بالبورصة لضمان الشفافية و حماية لمنافسة و كذلك حماية المتعاملين مع البورصة.

الفرع الثالث

البنك المركزي الجزائري

يسمى البنك المركزي الجزائري إصطلاحا ببنك الجزائر و هو مؤسسة وطنية تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي، و يعد تاجرا في علاقاته بالغير و تملك الدولة راس مال بنك الجزائر كلية. و لا يمكن أن يصدر حل بنك الجزائر إلا بموجب قانون يحدد كيفيات تصفيته.

و يتولي السلطة التنظيمية في بنك الجزائر مجلس القرض والنقد و يتولى سلطة الضبط كذلك و عليه سنتطرق إلي تشكيله و اختصاصاته ثم ندرس بعض القرارات الصادرة عنه

أولا: تشكيل مجلس القرض و النقد

يتشكل مجلس القرض و النقد من محافظ البنك و ثلاثة نواب للمحافظ و ثلاثة موظفين ذوي أعلى درجة بالإضافة إلى شخصيتين تختاران بحكم كفاءتهما في المسائل الاقتصادية و يتم تعيينهم جميعا بموجب مرسوم رئاسي.

يرأس المجلس محافظ بنك الجزائر الذي يستدعيه للاجتماع، و يحدد المجلس نظامه الداخلي و تتخذ القرارات بالأغلبية البسيطة للأصوات و في حالة تساوى الأصوات يصبح صوت الرئيس مرجحا.

ثانيا: اختصاصات مجلس القرض و النقد

نصت المادة ٦٣من الأمر ١١/٠٣ يخول المجلس صلاحيات بصفته سلطة نقدية في الميادين المتعلقة بما يأتي:

١. إصدار النقد.
٢. تحديد مقاييس و شروط عمليات البنك المركزي لا سيما فيما يخص الخصم و السندات تحت نظام الأمانة و رهن السندات العامة و الخاصة و العمليات المتصلة بالمعادن الثمينة و العملات
٣. تحديد السياسة النقدية و الإشراف عليها و متابعتها و تقييمها و لهذا الغرض يحدد المجلس الأهداف النقدية لا سيما فيما يتصل بتطوير المجاميع النقدية و القرضية و يحدد استخدام النقد و كذا قواعد الوقاية في سوق النقد و يتأكد من نشر معلومات في السوق ترمى إلى تفادي مخاطر الاختلال .
٤. تسيير غرف المقاصة.
٥. سير وسائل الدفع و سلامتها .
٦. شروط اعتماد البنوك و المؤسسات المالية و فتحها، و كذا شروط إقامة شبكاتها، لا سيما تحديد الحد الأدني من رأسمال البنوك و المؤسسات المالية و كذا كيفية إبرائه .
٧. شروط فتح مكاتب تمثيل البنوك و المؤسسات المالية الأجنبية في الجزائر.
٨. المقاييس و النسب التي تطبق على البنوك و المؤسسات المالية لا سيما فيما يخص تغطية المخاطر و توزيعها و السيولة و القدرة على الوفاء و المخاطر بوجه عام .
٩. حماية زبائن البنوك و المؤسسات المالية لا سيما في مجال العمليات مع هؤلاء الزبائن.
١٠. القواعد و المقاييس المحاسبية التي تطبق على البنوك و المؤسسات المالية.
١١. الشروط التقنية لممارسة المهنة المصرفية و مهنتي الاستشارة و الوساطة في المجالين المصرفي و المالي.
١٢. تحديد أهداف سياسة سعر الصرف و تنظيم سوق الصرف .
١٣. تسيير احتياطات الصرف.

كما يتخذ المجلس القرارات الفردية التالية:

١. الترخيص بفتح البنوك و المؤسسات المالية و تعديل قوانينها الأساسية و سحب الاعتماد.
٢. الترخيص بفتح مكاتب البنوك الأجنبية .
٣. تفويض الصلاحيات في مجال تطبيق التنظيم الخاص بالصرف.
٤. القرارات المتعلقة بتطبيق الأنظمة التي يسنها المجلس .

و يمارس المجلس سلطاته في إطار هذا الأمر عن طريق الأنظمة. يبلغ المحافظ مشاريع الأنظمة إلي الوزير المكلف بالمالية الذي يتاح له عشرة أيام لطلب تعديلها قبل إصدارها خلال اليومين اللذين يليان موافقة المجلس عليها. و يجب على المحافظ أن يستدعى حينئذ المجلس للاجتماع في أجل خمسة أيام و يعرض عليه التعديل المقترح.

و يكون القرار الصادر الجديد الذي يتخذه المجلس نافذا مهما كان مضمونه و هذا ما يدل على استقلالية مجلس القرض و النقد.

يصدر المحافظ النظام الذي يصبح نافذا و ينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية . و يحتج بالأنظمة تجاه الغير بمجرد نشرها .

و بالتالي فان الأنظمة التي تصدر عن البنك المركزي الجزائري تصدر بذات الإجراءات التي تصدر بها القوانين و هي ذات قوة ملزمة

ثالثا: بعض الأنظمة الصادرة عن البنك المركزي الجزائري

سنتناول بالدراسة بعض هذه الأنظمة كالتالي:

١. **نظام رقم ٩٣ / ٠١ المتضمن شروط تأسيس بنك و مؤسسة مالية و شروط إقامة فرع بنك و مؤسسة مالية أجنبية**[1]: و جعل هذا القرار الصادر عن البنك أن تأسيس البنون يكون بموجب ترخيص من البنك المركزي، كما تخضع تعديلات القوانين الأساسية للبنوك لترخيص البنك المركزي.

٢. **نظام رقم ٢٤/ ١٠ الصادر في ٢٤ غشت ١٩٩١ يتضمن شروط فتح مكاتب تمثيل البنوك و المؤسسات المالية الأجنبية**[2]: و يكون ذلك بموجب رخصة من مجلس القرض و النقد لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد، و يتمثل دور مكاتب التمثيل في دعم الأعمال القائمة للمؤسسة الأم، و البحث عن علاقات عمل بين المتعاملين الاقتصاديين و البنك أو المؤسسة المالية الممثلة و يستبعد كل نشاط تجاري أو مصرفي .

٣. **نظام رقم ٩٧ /٠٢ الصادر في ٦ أبريل ١٩٩٧ يتعلق بشروط إقامة شبكة البنوك و المؤسسات المالية**[3]: و يجب على البنوك إخطار البنك المركزي بهذه العملية قبل شهرين من الانجاز الفعلي لهذه العملية .

٤. **نظام رقم ٩٢/ ٠٩الصادر في ١٧ نوفمبر ١٩٩٢ يتعلق باعداد الحسابات الفردية السنوية للبنوك و المؤسسات المالية و نشرها**[4]: و قد نص هذا النظام على أن تعكس الحسابات الفردية السنوية صورة أمينة للممتلكات و الوضعية المالية و لنتائج

---

[1] نظام منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٧ سنة ١٩٩٣ .
[2] نظام منشور في الجريدة الرسمية العدد ٢٥ سنة ١٩٩١ .
[3] نظام منشور في الجريدة الرسمية العدد ٧٣ سنة ١٩٩٧ .
[4] نظام منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٥ سنة ١٩٩٢ .

المؤسسة الخاضعة . و يكون إعداد الميزانية وفق النماذج النمطية التي يعدها البنك المركزي.

٥. **نظام رقم ٠٥ / ٠٣ الصادر في ٠٦ يونيو ٢٠٠٥ يتعلق بالاستثمارات الأجنبية[١]:** أين ألزم هذا النظام ضرورة تحويل الأرباح و إيرادات الأسهم التي حققتها الاستثمارات المختلطة عن طريق البنوك المعتمدة في الجزائر .

و منه فان البنك المركزي الجزائري هو هيئة إدارية مستقلة تسعى إلي الرقابة على السياسة النقدية و الرقابة على نشاط البنوك و حماية المدخرين .

١ نظام منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٥ سنة ١٩٩٢ .

الخـــاتمة:

تعددت أساليب تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي ونلاحظ أن إنشاء الدولة للمرافق العامة الاقتصادية قد كان له الأثر الكبير في إحداث قفزة نوعية لاستخدام المواد و الثروات التي تحوزها الدولة، وقد مر تطور المرفق العام الاقتصادي في مصر بعدة مراحل فنجد أن هناك قد صدر قانون الهيئات العامة وقانون المؤسسات العامة وتوالى التطور التشريعي إلى غاية إنشاء الشركات القابضة و الشركات التابعة لها وذلك لخوصصة القطاع العام، وكذلك في النظام القانوني الجزائري فقد تم إنشاء المؤسسات الاقتصادية الاشتراكية التابعة لصناديق المساهمة ثم تم تحويل هذه الأصول و القيم المنقولة إلى الشركات القابضة و المؤسسات الاقتصادية التابعة لها تحت رئاسة المجلس الوطني لمساهمات الدولة، بعد ذلك تم خوصصة المؤسسات الاقتصادية أو تصفيتها أو حلها.

ولقد كان لتوجيهات صندوق النقد الدولي بتخلي الدولة عن المرافق العامة الاقتصادية أثر سيء على النشاط الاقتصادي فيها وذلك لما صاحبه من فقدان لمناصب الشغل، وبيع الثروة الوطنية بأثمان بخسة وسيطرت الشركات الأجنبية على النشاطات المخصخصة.

ويعد عقد التزام المرافق العامة أو عقد التزام الأشغال العامة أسلوبا بديلا عن خوصصة المرافق العامة الاقتصادية وذلك للسلطات التي يمنحها القانون للدولة في مراقبة النشاط الاقتصادي وتعديل العقد الإداري وخاصة أساليب تسيير المرفق .

كما أنه واستعمالا للأساليب العلمية الحديثة استخدمت الدولة أسلوب التخطيط وذلك لغرض تجميع الثروات و استغلالها بتحديد أهداف مرتبطة بنتائج وكميات، ولقد كان له الأثر الكبير في زيادة الادخار ورفع الإنتاج وذلك حسب ما تسطره الهيئات المختصة في التخطيط.

كما أن لاستعمال أسلوب المساعدة الحكومية أثر واضح في تحريك النشاط الاقتصادي لما تقدمه الدولة من مميزات الإعفاء الضريبي و القروض الميسرة، هذا بالإضافة إلى المساعدات المالية التي تقدمها الدولة ومن ذلك برامج الإسكان و المساعدات المالية المرتبطة به والتي يكون لها الأثر الكبير في إحداث الاستقرار الاجتماعي.

كما أنه ونتيجة لسيطرت الشركات العالمية على النشاط الاقتصادي وكبر حجم النشاطات القطاعية خاصة، جعل الدولة تتحول من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة مما نتج عنه إنشاء الهيئات الإدارية المستقلة وذلك لضبط النشاط الاقتصادي وحماية المنافسة،وقد مكن القانون هذه الهيئات من ممارسة اختصاصات عامة وشاملة منها اختصاصات تنظيمية واختصاصات إدارية واختصاصات قضائية.

وبذلك تختلف أساليب الدولة في التدخل في النشاط الاقتصادي بحسب الموارد المتاحة و الظروف الاجتماعية و الاقتصادية المرتبطة بها.

و عليه يمكن استخلاص التوصيات التالية :

١ ـ ضرورة إنشاء الدولة لمرافق عامة اقتصادية و ذلك لتفادي سيطرة الاستثمار الأجنبي على الاقتصاد الوطني و تفادي الاحتكار لضمان تقديم خدمات أحسن .

٢ ـ إنشاء شركات الاقتصاد المختلط و خصوصا مع الشركات الأجنبية لغرض نقل التكنولوجيا و فتح أسواق جديدة .

٣ ـ إبرام عقود التزام و عقود التزام أشغال عامة و ذلك لإنشاء مرافق جديدة و خاصة البني التحتية مثل السدود و الطرقات و تشييد المساكن.

٤ ـ التزام الدولة بآليات التخطيط و التزامها بوسائل التنفيذ المحددة مع تعزيز وسائل الرقابة على سبل التنفيذ.

٥ ـ تشجيع الدولة للاستثمار عن طريق المساعدات العمومية و خصوصا لفتح المؤسسات الاستثمارية في المجالات الحيوية مثل صناعة الألبسة و الزراعة.

٦ ـ تعزيز آليات ضبط النشاط الاقتصادي عن طريق هيئات الضبط المستقلة و تعزيز آليات الرقابة عن طريق التراخيص و حماية المستهلك و تعزيز المنافسة المشروعة. و ذلك بمنح هذه الهيئات سلطات توقيع الجزاء و خضوعها لرقابة القضاء.

قائمة المراجع

أولا: المراجع العربية

أ) الكتب:

١. د.أحمد سلامة بدر –العقود الإدارية وعقود BOT مكتبة دار النهضة- طبعة ٢٠٠٣.

٢. د. أحمد محمد محرز – النظام القانوني لتحول القطاع العام إلى القطاع الخاص – منشأة المعارف – طبعة ٢٠٠٩.

٣. د. جابر جاد نصار – الوجيز في العقود الإدارية – دار النهضة العربية- طبعة ٢٠٠٠.

٤. د. جلال احمد أمين – التخطيط المركزي – الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي و الإحصاء والتشريع - طبعة ١٩٦٧.

٥. د. فريد أحمد قبلان – الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول العربية - دار النهضة العربية - طبعة ٢٠٠٨.

٦. د. رمضان محمد بطيخ - الوسيط في القانون الإداري - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٩٧.

٧. د. دنيدي يحيي – المالية العامة – دار الخلدونية - طبعة ٢٠١٠ .

٨. د. سامي جمال الدين - أصول القانون الإداري - دارالمطبوعات الجامعية - الجزء الثاني - ١٩٩٦.

٩. د. سعاد الشرقاوي – البنك المركزي السلطة الخفية سلطة متعددة الأبعاد - دار النهضة العربية - طبعة ٢٠١١.

١٠. د.سعاد الشرقاوي - العقود الادارية - دار النهضة العربية - طبعة ٢٠٠٣.

١١. د. سعاد الشرقاوي - القانون الإداري - دار النهضة العربية - طبعة ٢٠٠٩ .

١٢. د. سعاد الشرقاوي - القانون الإداري و تحرير الاقتصاد - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٩٤.

١٣. د. سليمان الطماوى - الأسس العامة في العقود الإدارية - دار الفكر العربي -طبعة ٢٠٠٨.

١٤. د. السيد محمد حسن الجوهري - الرقابة على مشروعات استثمار القطاع العام - منشأة المعارف – طبعة ٢٠٠٧ .

١٥. د . صلاح الدين فوزي – المبادىء العامة في القانون الإداري دراسة مقارنة – دار النهضة العربية – طبعة ١٩٩١ .

١٦. د . صلاح الدين فوزي –القواعد العامة غير المكتوبة في القانون الإداري – دار النهضة العربية – طبعة ١٩٩١ .

١٧. د. طاهر الجنابي - علم المالية العامة والتشريع المالي - جامعة بغداد.

١٨. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة - ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية - منشاة المعارف الإسكندرية - طبعة ٢٠٠٨

١٩. د. عجة الجبلالي - الكامل في القانون الجزائري للاستثمار - دار الخلدونية - طبعة ٢٠٠٦.

٢٠. د. عجة الجيلالي - قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية - دار الخلدونية - طبعة ٢٠٠٦.

٢١. د. علي الشريف - الإدارة العامة - دار النهضة العربية بيروت - الطبعة الثانية .

٢٢. د. كريمة كريم - التخطيط العيني المالي للإقتصاد القومي - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٧٨.

٢٣. د. لينا حسن ذكي – قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار – طبعة ٢٠٠٥ ، ٢٠٠٦

٢٤. د. ماجد راغب الحلو - العقود الإدارية والتحكيم - دار الجامعة الجديدة للنشر - طبعة ٢٠٠٤.

٢٥. د. ماجد راغب الحلو - القانون الإداري - دار الجامعة الجديدة للنشر - طبعة ٢٠٠٤.

٢٦. د. ماهر صالح علاوي الجبوري - مبادئ القانون الإداري - جامعة بغداد - طبعة ١٩٩٦.

٢٧. د. محمد صلاح الدين عبد البديع السيد - الحماية الدستورية للحريات العامة بين المشرع والقضاء- دار النهضة العربية – طبعة ٢٠٠٩.

٢٨. د. محمد فؤاد عبد الباسط – العقد الإداري- دار الجامعة الجديدة للنشر - ٢٠٠٦.

٢٩. د. محمد فؤاد عبد الباسط - القانون الاداري - دار الجامعة الجديدة للنشر - ٢٠٠٦.

٣٠. د . محمد محمد بدران ــ أصول القانون الإداري ــ دار النهضة العربية - طبعة ٢٠٠١ - ٢٠٠٢.

٣١. د. محمد محمد عبد اللطيف – الإتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة – دار النهضة العربية ــ طبعة ٢٠٠٠ .

٣٢. د. محمود الطنطاوي الباز والدكتورة سهير محمود معتوق - إقتصاديات النقود والبنوك والتجارة الخارجية - مطبعة عين شمس - طبعة ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣.

٣٣. د. محمود خلف الجبوري - العقود الإدارية - جامعة بغداد - طبعة ١٩٨٩.

٣٤. د. محمود عاطف البنا – العقود الإدارية - دار الفكر العربي - طبعة ٢٠٠٧.

٣٥. د. محمود عبد المجيد المغربي - المدخل إلى القانون الإداري الخاص - الجزء الأول - المؤسسات الحديثة للكتاب لبنان.

٣٦. د. مروان محي الدين القطب - طرق خصخصة المرافق العامة - منشورات الحلبي الحقوقية - الطبعة الأولى ٢٠٠٩.

٣٧. د. مصطفى عبد المحسن الحسيني - الوجيز في عقود البوتB.O.T - دار الكتب القانونية - طبعة ٢٠٠٨.

٣٨. د. نبيلة عبد الحليم كامل والدكتور جابر جاد نصار - الوجيز في القانون الإداري - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى.

٣٩. د. هيام مروة - القانون الإداري الخاص - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - الطبعة الأولى.

٤٠. د. وليد حيدر جابر - التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة - منشورات الحلبي الحقوقية - طبعة ٢٠٠٩

٤١. د. وليد محمد الشناوي - الدور التنظيمي للإدارة في المجال الاقتصادي (دراسة مقارنة) - المكتبة العصرية - طبعة ٢٠٠٩.

ب) المقالات:

١. د. عكة عبد الغني – نحو عصرنة أنظمة الميزانية في الجزائر - المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصاد و السياسة جامعة الجزائر - عدد ٢ لسنة ٢٠٠٨.

٢. راشدي سعيدة – مفهوم السلطات الإدارية المستقلة - الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في الميدان الاقتصادي و المالي - جامعة عبد الرحمان ميرة الجزائر.

٣. نزليوي صليحة - سلطات الضبط المستقلة آلية للانتقال من الدولة المتدخلة إلى الدولة الضابطة - الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي - جامعة عبد الرحمان ميرة الجزائر.

٤. ليلى مديو- تكريس الرقابة القضائية على سلطات الضبط المستقلة في التشريع الجزائري- الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي - جامعة عبد الرحمان ميرة الجزائر.

ج) رسائل الدكتوراه :

١. د. أحمد محمد مصطفى نصير - دور الدولة إزاء الاستثمار - رسالة دكتوراه ٢٠٠٩ - جامعة القاهرة.
٢. د.أميرة عبد الغفار محمد أبو زيد ـ الوسائل القانونية لمكافحة الممارسات الاحتكارية ـ رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ٢٠١٠.
٣. د. أشرف أحمد عبد المنعم ـ رقابة الدولة على سوق الأوراق المالية ـ رسالة دكتوراه ـ جامعة القاهرة ٢٠٠٨ ـ ص ٣١٩
٤. د.عمر محمد الحامد ـ الاحتكار و المنافسة غير المشروعة دراسة تحليلية مقارنة ـ رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ٢٠١٠.

٥. د. ناصر حسين محسن أبو جمة العجمي ـ الجزاءات التي توقعها الإدارة في غير مجال العقود و التأديب " دراسة مقارنة " ـ رسالة دكتوراه جامعة القاهرة .

د) القوانين:

١ - في مصر:

١- اللائحة التنفيذية لقانون شركات قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ الصادر بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٥٩٠ لسنة ١٩٩١.

٢- المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون قطاع الأعمال العام - القانون ٢٠٠٣ لسنة ١٩٩١.

٢ . في الجزائر:

١- الأمر رقم ٢٢/٩٥ المؤرخ في ٢٦ غشت ١٩٩٥ يتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية.

٢- القانون رقم ٢٥/٩٥ المؤرخ في ٢٥ سبتمبر ١٩٩٥ يتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة.

٣- المرسوم التنفيذي رقم:٠٦- ٣١٩ المؤرخ في ١٨ سبتمبر ٢٠٠٦ المحدد لمستوى تخفيض نسبة الفائدة على القروض الممنوحة من البنوك والمؤسسات المالية إلى المؤسسات الصغيرة والمتوسطة.

٤- المرسوم التنفيذي رقم ١٠-٢٣٥ الصادر في ٥ أكتوبر ٢٠١٠ المحدد لمستويات المساعدة المباشرة الممنوحة للدولة لاقتناء سكن جماعي أو بناء سكن ريفي.

٥- مرسوم تنفيذي رقم ١٤١/٠٢ المؤرخ في ١٦ أفريل سنة ٢٠٠٢ يحدد القواعد التي يطبقها متعاملوا الشبكات العمومية للمواصلات السلكية و اللاسلكية من أجل تحديد تعريفة الخدمات المقدمة للجمهور.

٦- القانون رقم ٠١/٨٨ المؤرخ في ١٢ يناير ١٩٨٨ يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية.

٧- القانون رقم ٠٣/٨٨ المؤرخ في ١٢ يناير ١٩٨٨ يتعلق بصناديق المساهمة.

٨- المرسوم التشريعي رقم ١٠/٩٣ المؤرخ في ٢٣ مايو ١٩٩٣ المتعلق بالبورصة.

٩- الأمر ٠١-٠٣ المؤرخ في جمادي الثانية عام ١٤٢٢ الموافق ل٢٠ غشت سنة ٢٠٠١ يتعلق بتطوير الاستثمار.

١٠- الأمر ٠٣/٠٣ المؤرخ في ١٩ يوليو سنة ٢٠٠٣ يتعلق بالمنافسة.

١١- القانون ٠٤/٠٦ المؤرخ في ٢٠ فيفري ٢٠٠٦ المتعلق بالتأمينات.

ثانياً: المراجع الأجنبية

1 – LIVRES

1- Alex Jacquemin et Guy Schrans – le droit économique – presse universitaire de France – 1974

2- Didier Lionette. Achille Mester . Raphael Romi. service public et droit public économique . Litec 1995

3- Fréderic Colin - droit public économique - galino éditeur Paris – Edition٢٠٠٥

4- Jean Kerninon – droit public économique - Montchrestien

5- Marie José Guedon-les autorités administratives indépendantes - libraire générale de droit et de jurisprudence Paris 1981

6- Pierre Delvolvè - droit public de l'économie - Dalloz 1998

7- Rachid Zouaimia - droit de la régulation économique - édition Berti 2006

8- Rachid Zouaimia - les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie éditions Houma 2005.

9- Rachid Zouaimia - les autorités de régulation indépendantes dans le secteur financier en Algérie - édition Houma, 2005.

2- RAPPORT

1- Conseil d'état français - Rapport public 2001.

2- Conseil de la concurrence _ Rapport public 2010.

ملخص الرسالة:

تتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي عن طريق استعمال مجموعة من الأساليب منها إنشاء مرافق عامة اقتصادية وتتم إدارتها بواسطة الدولة أو بواسطة مشروعات الاقتصاد المختلط كما يمكن أن تلجأ الدولة إلي التدخل باستعمال أسلوب العقد الإداري و ذلك بقصد استغلال الموارد الطبيعية و نقل التكنولوجيا و إنشاء مرافق جديدة ، و تتميز هذه الأساليب بإمكانية فرض الدولة لرقابتها على المرفق و توجيهها لأهداف النشاط. كما تعتمد الدولة على أسلوب التخطيط بغية تحقيق أهداف محددة و ذلك بتنسيق استغلال الموارد المتاحة. وتعد المساعدة العمومية وسيلة هامة لتوجيه النشاط الاقتصادي خاصة لتفعيل القطاعات الحيوية.و نتيجة انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي و لحماية للمستهلك و ضمان المنافسة المشروعة تم إنشاء الهيئات الإدارية المستقلة لضبط النشاط الاقتصادي.

فهرس المحتويات